

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ANDRÉ BARBIERI SOUZA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE AS RESTRIÇÕES E O NÚCLEO
ESSENCIAL**

(CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER)

**CURITIBA
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANDRÉ BARBIERI SOUZA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE AS RESTRIÇÕES E O NÚCLEO
ESSENCIAL**

(CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDRÉ BARBIERI SOUZA

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ENTRE AS RESTRIÇÕES E O NÚCLEO ESSENCIAL
(CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER)

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Marcos Augusto Maliska
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Zulmar Antonio Fachin
Programa de Mestrado em Direito, CESUMAR – Centro Universitário de Maringá.
Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Curitiba, 02 de novembro de 2009.

À Clara,
razão da existência de um estado de
felicidade permanente e de um sorrir
que habita minha alma desde o
instante da notícia da paternidade.
Definitivamente, tudo o que é bom
pode, com absoluta certeza, ficar
ainda melhor.

“Não sei se o mundo é bom, mas ele
está melhor desde que você chegou e
perguntou: tem lugar para mim?”
(Espatódea – Nando Reis)

AGRADECIMENTOS

Sei dos riscos que corro ao agradecer, pontualmente, a algumas pessoas. Assim, se acaso venha a me esquecer de alguém, desde já, peço desculpas... Porém, esta é uma situação da qual não posso me abster.

Os agradecimentos aqui realizados não estão por ordem de importância, talvez, estejam mais ligados ao critério do tempo, da grata e fundamental aparição de cada uma dessas pessoas em minha vida.

À Terezinha Barbosa Guimarães, responsável pelos primeiros contatos que tive, ainda no primeiro semestre da graduação, com a produção científica, com as normas de publicação e organização de um texto. Agradeço por todas as lições de carinho e atenção.

Ao Leonardo Prota, mais do que um mestre da filosofia, um exemplo de humildade, de otimismo e perseverança que nem mesmo as piores adversidades eram e foram capazes de tentar vencê-lo. Sabidamente, um gigante entre os homens.

Ao Edson Carlos Pereira, responsável não só pelos incentivos enquanto Diretor da FACNOPAR, mas por (literalmente) permitir meu caminhar no curso de Direito – e na própria faculdade – quando as condições econômicas e financeiras eram escassas.

À Rosa Celeste, mais do que uma professora e amiga, uma *segunda mãe* da qual muito me orgulho em ter. Absolutamente, muito obrigado! Meus agradecimentos, também, e não poderia ser diferente, pelas centenas de folhas de *papers*, artigos, monografias... carinhosamente revisados.

Ao Vladimir Stasiak, professor e amigo, responsável por primorosas lições extraclases que, sem dúvida, fizeram com que o meu caminhar fosse mais firme e seguro. Definitivamente, poucos me aconselharam de forma tão brilhante.

Ao Zulmar Fachin por, quando Coordenador da Pós-Graduação em Direito Constitucional, ter admitido a matrícula de um insistente aluno do 5º ano de Direito. E, quando professor, pelas preciosas lições não só sobre o Direito Constitucional, mas, da necessidade de foco, determinação e honestidade para trilhar o caminho da vida. Hoje, também consigo entender perfeitamente o que nos

dizia nas aulas da especialização: “A chegada é importante, porém, o caminhar é fundamental!”.

Ao Alexandre Coutinho Pagliarini por, primeiro, ter acreditado em meu potencial quando ainda era aluno da especialização e sonhava com o Mestrado. Posteriormente, já mestrando e escrevendo minha dissertação, pela grata incumbência de ter-me intitulado o guardião de sua biblioteca particular e, conseqüentemente, abarrotado, meu já diminuto apartamento, com dezenas de caixas repletas de livros que, sem sombra de dúvidas, contribuíram de forma marcante para o desenvolvimento deste texto.

Ao Marcos Augusto Maliska pelos incentivos nos momentos em que as angustias, as aflições e o próprio Mestrado pareciam intermináveis.

Ao Paulo Ricardo Schier, um grande orientador capaz de nortear este orientando na elaboração de um texto que, se não fosse pela paciência deste orientador, sempre aberto ao diálogo e as considerações pontuais, sequer existira.

À minha família, agradeço o apoio e o incentivo que nunca faltaram. Sem vocês, nada disso teria sido possível. Ao meu pai, por tudo e principalmente pela incansável tarefa na minha criação e educação, sem falar no modelo de hombridade e dignidade. À minha mãe, por tudo e por ensinar-me que, mesmo nos momentos de grande dificuldade, podemos, com muito trabalho e esforço, superarmos os mais altos cumes. Ao meu irmão, por ser muito mais do que um grande amigo, um exemplo vivo das virtudes que eu gostaria de ter.

Aos meus amigos que, em alguns raros momentos, entenderam que eu realmente não poderia sair para passar a noite acompanhado nas risadas, bares, festas... E, também, por sempre serem insistentes. Aos antigos: Deusdério, Sérgio, Bruno(s), Caco, Metódio, Brayam, Guilherme, Fábio, André(s), Neto, Robinho, Gisserri, Rafael(is), Camila, Ana(s), Fabiane, Carolina, Giovana, Fernanda(s), Priscila, Letícia, Jamile, Paula, Andrezza, Valéria, Alana, Cristina, Mariana... Aos novos: Erick, Wiliam, Jun, João Batista, Israel, Lucimar, Gabriela, Daniela(s), Maryelle, Anderly... E, em especial, Giovana Paduan, por tudo o que você fez por mim nos dias mais felizes (e, diria, um “pouquinho” ansiosos) da minha vida! Sei que não sou merecedor de tudo aquilo que me disse e (inúmeras vezes repetiu), mas, diariamente, esforço-me para um dia ser ou, ao menos, aproximar-me o máximo que conseguir. Espero, um dia, retribuir-lhe...

A todos os meus alunos pelos momentos inesquecíveis. A todos os que me convidaram para, nas noites, fazer mágicas!

A todos os amigos de treino para as maratonas e triatlons... sabidamente é preciso estudar, mas há vida para além dos estudos.

À Nanda, minimamente, pela companhia inseparável.

À Juliana, por fim, uma vez que inexistem palavras capazes de agradecer o que fez e faz por mim. Nenhum agradecimento seria capaz de retribuir a realização do maior e mais sublime sonho da minha vida. Para sempre lhe serei grato por compreender meus (inúmeros) defeitos e, absolutamente, pelo melhor presente que um dia sonhei em ganhar! Obrigado, do fundo do meu coração, por transformar aquele sonho na mais doce e maravilhosa realidade!

Que novembro chegue logo e, com ele, a cegonha trazendo a nossa princesa...

Curitiba, inverno de 2009.

S729

Souza, André Barbieri.

Direitos fundamentais: entre as restrições e o núcleo essencial (considerações sobre o julgamento do caso Ellwanger) / André Barbieri Souza. – Curitiba: UniBrasil, 2009.
ix, 175p. ; 29 cm.

Orientador: Paulo Ricardo Schier.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2009.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.
II. Título.

CDD 340

SUMÁRIO

RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUÇÃO	IX

CAPÍTULO 1 – O Regime jurídico dos direitos fundamentais: traços de uma teoria geral

1.1. Os direitos fundamentais e a Constituição moderna: aspectos introdutórios ..	10
1.2. Os direitos fundamentais e as terminologias aplicadas: por uma necessária elucidação.....	12
1.3. As perspectivas dos direitos fundamentais	18
1.3.1. Perspectiva filosófica	19
1.3.2. Perspectiva universalista	20
1.3.3. Perspectiva estatal	22
1.4. O debate terminológico e o estudo dos direitos fundamentais.....	23
1.4.1. Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	26
1.5. Elementos aptos a caracterizar um status jurídico diferenciado dos direitos fundamentais	28
1.5.1. O catálogo dos direitos fundamentais e a abertura do §2º do artigo 5º: os tratados internacionais como fontes dos direitos fundamentais	29
1.5.2. A nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais	33
1.5.3. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais	37
1.5.4. Os limites da reforma constitucional: os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas.....	41
1.6. As funções específicas dos direitos fundamentais.....	48
1.6.1. Função de defesa (ou liberdade).....	48
1.6.2. Função prestacional	49
1.6.3. Função de proteção em face de terceiros	50
1.6.4. Função de não discriminação.....	51
1.7. A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais: um estudo das perspectivas objetiva e subjetiva	52

1.8. As normas de direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios.....	61
--	----

CAPÍTULO 2 – O sistema de restrições dos direitos fundamentais

2.1. Considerações sobre a limitação dos direitos fundamentais	70
2.2. A (i)limitabilidade dos direitos fundamentais: uma salutar reflexão.....	72
2.2.1. A limitação de direitos fundamentais no âmbito do direito internacional	75
2.3. Sobre as restrições dos direitos fundamentais aos limites dos limites.....	77
2.3.1 As restrições direta e indiretamente constitucionais e a atividade legislativa em face dos direitos fundamentais	79
2.3.2. Entre normas restritivas e normas conformadoras	81
2.3.3. O círculo delimitado dos direitos fundamentais e hierarquização de valores constitucionais	85
2.3.4. Os limites dos limites	91
2.4. Entre as teorias interna e externa: os fundamentos, às críticas e à escolha por qual caminho trilhar.....	93
2.4.1 As críticas direcionadas às teorias interna e externa	101
2.4.2. Das razões em favor da teoria externa.....	103
2.5. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade no regime jurídico dos direitos fundamentais	105
2.5.1 Alguns esclarecimentos quanto ao princípio da proporcionalidade: da terminologia à fundamentação	105
2.5.2 O princípio da proporcionalidade e o estudo trifásico: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.....	110
2.5.2.1. Adequação	110
2.5.2.2. Necessidade	114
2.5.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito	117
2.6. O princípio da proporcionalidade e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal: considerações críticas quanto a não fundamentação	119

Capítulo 3 – A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais: das teorias ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Ellwanger

3.1. Aspectos introdutórios.....	123
3.1.1 Alguns critérios norteadores sobre a razão de ser do núcleo essencial	124
3.2. Núcleo essencial e fundamentação na Constituição de 1988: breves considerações.....	128
3.3. O núcleo essencial e as dimensões objetiva e subjetiva	130
3.4. As distinções entre a teoria absoluta e a teoria relativa sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais	132
3.4.1. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.....	135
3.5. Os judeus, o racismo e o holocausto: breves reflexões.....	138
3.6. O Supremo Tribunal Federal e o caso Ellwanger: uma discussão à luz do sistema de restrições e do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	140
3.6.1. Breve histórico do caso Ellwanger.....	141
3.6.2.1. A autonomia do pensamento individual: considerações no voto do Ministro Marco Aurélio.....	145
3.6.2.2. A teoria do suporte fático restrito: considerações no voto do Ministro Moreira Alves.....	147
3.6.2.3. O voto absolutório: críticas ao posicionamento do Ministro Carlos Ayres Britto.	148
3.6.2.4. O voto do Ministro Maurício Corrêa: imperfeições técnicas.	149
3.6.2.5. O voto do Ministro Celso de Mello: adoção da teoria interna e dos limites imanentes.....	151
3.6.2.6. O voto do Ministro Gilmar Mendes: o emprego do princípio da proporcionalidade.....	152
3.6.3. Considerações finais sobre o julgamento do caso Ellwanger.....	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS	155
REFERÊNCIAS.....	166

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade estudar o regime jurídico geral dos direitos fundamentais para, a partir destes, analisar o sistema das restrições de tais direitos, a garantia do núcleo essencial dos respectivos e, por fim, aplicar toda a teoria na análise do caso Ellwanger. No *Capítulo I* é realizado todo um estudo que se inicia no constitucionalismo moderno e termina na distinção entre regras e princípios. Nesse caminho é realizada o debate sobre as terminologias aplicadas, como se sinônimas fossem, dos direitos fundamentais. Segue-se no estudo das perspectivas dos direitos fundamentais para, então, adentrar na primeira dimensão (geração) dos mesmos. Após, os elementos aptos a caracterizar um *status* jurídico diferenciado são não só elencados como, também, desmembrados. Analisam-se as funções específicas dos direitos fundamentais para, de imediato, adentrar no campo das perspectivas objetivas e subjetivas. Ao adentrar no *Capítulo II* instaura-se o estudo das restrições aos direitos fundamentais, sendo assim, faz-se de grande importância as reflexões sobre a (i)limitabilidade de tais direitos, sempre tendo em vista o que é a regra e, por sua vez, a exceção. O direito internacional também é estudado para, em breves passagens, verificar a existência de restrições nos respectivos documentos. Os limites dos limites, bem como inúmeros outros assuntos pertinentes ao tema são analisados, como: restrições direta e indiretamente constitucionais; normas restritivas e normas conformadoras; hierarquização de valores constitucionais, teoria externa e teoria interna dos direitos fundamentais para, ao final, vislumbrar o princípio da proporcionalidade e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. No *Capítulo III*, propositadamente, conclui-se o estudo da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais para, só assim, utilizar todo o conteúdo desenvolvido no presente trabalho na aplicação de um dos mais célebres julgados realizados, nas últimas décadas, pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o caso Ellwanger. Ao final, após o estudo pontual de cada um dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, promove-se, sempre, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como notas centrais do constitucionalismo moderno.

ABSTRACT

This work has as objective studying the general juridical regime of the fundamental rights for, from them, analyzing the system of restrictions of such rights, the guarantee of the essential nucleons of the respective rights and finally applying all the theory on the Ellwanger case. In the 1st Chapter a study that starts in the modern constitutionalism and finishes in the distinction between rules and principles is carried out. In this way a debate about the applied terminologies, like they were synonyms of the fundamental rights, is made. It is followed by a study of the perspectives of the fundamental rights so as to enter the first dimension (generation) of them. After that, the elements able to characterize a differentiated juridical status are pointed out and separated. The specific functions of the fundamental rights are analyzed in order to, immediately; enter the field of the objective and subjective perspectives. In the 2nd Chapter the restrictions to the fundamental rights is done, this way, a great importance is given to the reflections about the (un)limitability of such rights, having always a look on what is the rule and the exception. The international right is also studied so as to in brief passages, verify the essence of the restrictions in the respective documents. The limits of the limits, as well as the several other subjects related to the theme are analyzed as: constitutional direct and indirect restrictions; restrictive and confirmative norms; hierarchyzation of constitutional values, external and internal theory of the fundamental rights and, at the end, see the proportionality principle and its application by the Supremo Tribunal Federal (Supreme Federal Court). In the 3rd Chapter, on purpose, the study of the essential nucleons of the rights is concluded fundamental rights, only this way, use all the content developed in the present work in the application of one of the most memorable judgments made in the last decades by the Supreme Federal Court, or as, the Ellwanger's case. At the end, after the study of each of the votes of the Ministers of the Supreme Federal Court, the fundamental right are always promoted and the dignity of the human being as central registers of the modern constitutionalism.

INTRODUÇÃO

A partir do constitucionalismo moderno, sem sombra de dúvida, os direitos fundamentais passam a ocupar local de destaque não só na Constituição, mas no Direito Constitucional como um todo. Estudar os direitos fundamentais é analisar uma vasta área em que estão inseridos os mais diversos elementos, conceitos, características, teses...

Por essa razão, o propósito maior deste trabalho é o estudo dos direitos fundamentais. Todavia, não se busca uma análise estanque, fechada e sem razão de ser. Ao contrário, os direitos fundamentais estarão em interrelação com dois campos de notável importância, quais sejam: as restrições e a garantia do núcleo essencial.

Diante disso, optou-se em dividir este trabalho em *três Capítulos*, razão pela qual os direitos fundamentais, enquanto um *regime jurídico geral* e a *teoria dos princípios* estão no *Capítulo I*; o *sistema de restrições* e o *princípio da proporcionalidade* no *Capítulo II* e, ao final, a *garantia do núcleo essencial* e o *estudo do caso Ellwanger* no *Capítulo III*.

Mais do que uma reunião de textos, esta Dissertação tem o objetivo de, em simples palavras, após analisar o conteúdo teórico sobre os direitos fundamentais, as restrições e o núcleo essencial, aplicar tais lições (incluindo comentários críticos) no que se notabilizou como um dos grandes julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o chamado *caso Ellwanger*.

Compreender a doutrina e analisar a jurisprudência para, ao final, construir um trabalho que não seja nem um exercício de abstração analítica, despreocupado com a prática do Direito, nem um texto de meros comentários sobre as decisões dos Tribunais. O que se busca é não só a possibilidade em se contribuir para com a discussão teórica, mas também o trilhar em novos caminhos para a atividade jurisprudencial.

Mais do que um convite ao estudo dos direitos fundamentais, esta Dissertação busca trazer sua contribuição para com a temática dos direitos fundamentais.

Capítulo 1 – O regime jurídico dos direitos fundamentais: traços de uma teoria geral

1.1. Os direitos fundamentais e a Constituição moderna: aspectos introdutórios

Através do chamado constitucionalismo moderno surge o que se denomina de Constituição moderna.¹ Mais do que um documento, essa Constituição ordena a comunidade de forma racional e sistemática. Ou seja, declara liberdades, garante os direitos e delimita o poder estatal.²

Nessa linha, três são as dimensões/funções constitucionais que nascem, quais sejam: 1) ordenação jurídico-política, por meio de um documento escrito; 2) declaração dos direitos fundamentais e respectivas garantias; 3) organização do poder político através de um modelo limitador do poder.³ Dessa forma, pode-se afirmar que, na formação do Estado moderno,⁴ com o intuito de

¹ Nas palavras de Alexandre Coutinho Pagliarini, a Constituição moderna “(...) veio ao mundo para cumprir dois papéis históricos: (i) o de limitar o exercício do Poder, estruturando a comunidade política chamada Estado; (ii) o de proclamar e garantir direitos básicos do indivíduo.” PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil. In: *Direitos humanos e democracia*. Coordenadores: Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 133. Nesse sentido Gustavo Binbenbojm: “As idéias de *direitos fundamentais e democracia* representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49.

² Ao continuar no pensamento de Alexandre Coutinho Pagliarini, tem-se que: “O movimento constitucionalista fez-se em importância com as Revoluções Inglesa e Francesa e a Independência das 13 Colônias Norte-Americanas. É certo que seu caráter universalista adveio da Revolução Francesa. Com o constitucionalismo do século XVIII, concluiu-se que a Constituição era a maneira jurídica de se limitar definitivamente o poder do rei absoluto e de se impor uma nova ordem mundial que atendesse aos anseios políticos da burguesia. Tal burguesia só poderia chegar ao poder pela regra da maioria, ou seja, da democracia. Nesse prisma histórico, institucionalizaram-se as relações entre um novo direito, o positivo, e um novo enfoque político, o da regra da maioria contido na democracia representativa ocidental”. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O positivismo de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e a Constituição como instrumento normativo superior positivado. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 8. n. 31. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-junho, 2000, p. 213-214.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 52.

⁴ Por evidente, nessa referência não se inclui o modelo do Estado absolutista.

tutelar um determinado núcleo dos direitos fundamentais, a limitação do exercício do poder estatal consistia tarefa irrenunciável.⁵

Não se pode negar a relação de vizinhança entre os direitos fundamentais⁶ e a política. Como se verá adiante, para cada direito conquistado, para cada liberdade ampliada, o custo humano foi, via de regra, extremo. Abordar o histórico dos direitos fundamentais é relembrar a história dos conflitos, das guerras civis, das angústias e, inevitavelmente, do sangue derramado de inúmeras vidas em nome de um ideal que abrange todos os demais, qual seja, a existência digna.⁷

Se no passado os direitos fundamentais eram sinônimos de lutas e sonhos, no presente, sem menor intensidade, esses direitos, com algum grau de consolidação, dão asas aos mais diversos e acalorados debates. Apenas a título ilustrativo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, inúmeras são as decisões que envolvem a temática. Ou melhor, raras são aquelas que não fazem menção a, ao menos, um direito fundamental.⁸

Tamanho é a importância dos direitos fundamentais que, com o intuito de se afastar qualquer interpretação inadequada, afirma-se que tais direitos não mais comportam o discurso de serem, tão somente, normas de conteúdo programático, ou seja, desprovidos de conteúdo normativo. Sendo assim, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais requerem normas de conteúdo vinculante.⁹ Em outras palavras, afasta-se a abordagem meramente retórica dispensada aos direitos fundamentais.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 16-17.

⁶ Nas palavras de Peter Häberle “(...) os direitos fundamentais são a expressão de um ordenamento de liberdade já realizado, bem como são pressupostos para que este mesmo ordenamento se constitua novamente através da liberdade de todos”. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2003, p. 07.

⁷ Nesse sentido pode-se citar, dentre outros: DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

⁸ Para se comprovar, basta realizar a pesquisa jurisprudencial no próprio site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), através da expressão *direitos fundamentais*.

⁹ Sobre esse aspecto, Martin Borowski defende: “(...) os direitos fundamentais do moderno Estado constitucional democrático se garantem mediante normas vinculantes. Afirma ainda o autor: “Sin embargo, los derechos fundamentales del moderno Estado constitucional democrático se garantizan mediante normas vinculantes.” In: *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 62.

Realizadas essas considerações, tem-se também em mente que, nos termos dispostos na Constituição Federal, o cidadão médio terá considerável dificuldade não só para compreender, mas principalmente reivindicar seus direitos em face do Poder Público ou do próprio particular. Nesses termos, é imprescindível que seja realizado um estudo jurídico-constitucional da matéria.

Destaca-se que o propósito direto deste trabalho outro não é, senão o estudo dos direitos fundamentais sob a ótica do sistema de restrições e do núcleo essencial. Mais do que uma mera análise, busca-se oferecer, bem como ratificar instrumentos aptos à solução dos conflitos.

Para uma adequada compreensão dos problemas suscitados, far-se-á um estudo da doutrina acompanhado, quando possível, das decisões dos tribunais, desde já ressalvada a preferência pelas decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente quanto ao tema dos limites dos direitos fundamentais.¹⁰

Dessa feita, cumpre adentrar ao estudo do regime jurídico geral dos direitos fundamentais.¹¹ Todavia, inúmeras são as terminologias apresentadas pela doutrina, tais como: direitos do homem, direitos do cidadão, direitos humanos, direitos da personalidade, direitos subjetivos públicos, entre outras, que, em alguns momentos, são utilizadas de forma indistinta pela literatura jurídica.¹²

1.2. Os direitos fundamentais e as terminologias aplicadas: por uma necessária elucidação

O caminho a ser percorrido para elucidar sobre qual expressão é mais adequada está longe de ser um andar simplório. Assim, opta-se por realizar

¹⁰ Dentre outros casos, verificar-se-á, no *Capítulo III*, o HC 82424/RS, mais conhecido como “Caso Ellwanger”.

¹¹ Adianta-se que se utilizará da grafia “direitos fundamentais”, nos moldes do Título II da Constituição Federal. Não obstante, o item 1.2 deste *Capítulo* justifica a razão pela qual da escolha afirmada acima.

¹² O emprego das mais diversas terminologias não é uma característica exclusiva da doutrina, até porque, a própria Constituição se utiliza de termos diversos ao se referir aos mencionados direitos, como, por exemplo: direitos sociais e individuais (preâmbulo), direitos humanos (artigo 4º, II), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, IV).

uma distinção entre as expressões já apontadas acima a partir de constantes indagações para, ao final, escolher aquela de maior precisão para o objetivo deste trabalho.

Para justificar a razão pela qual se faz necessária o aclarar sobre qual terminologia utilizar, ou seja, a busca por uma precisão metodológica, adotam-se as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, para o qual: “Não se trata de fazer uma tipologia dos direitos fundamentais, mas de registrar classificações (algumas com valor meramente histórico) sobre os direitos fundamentais.”¹³

Primeiramente, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são sinônimos dos direitos do homem e do cidadão? Os direitos do homem são aqueles direitos válidos para todos os seres humanos ao longo de todos os tempos; não sofrem qualquer limitação espacial e/ou temporal. Por sua vez, os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados no espaço e no tempo.¹⁴ Assim, enquanto os direitos do homem estão umbilicalmente ligados à própria natureza humana, os direitos fundamentais seriam como uma espécie de direitos vigentes em determinada ordem jurídica. Por sua vez, os direitos do cidadão pertencem ao homem enquanto um ser social, ou seja, um indivíduo com vida em sociedade – distinção essa que ganhou força com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).¹⁵

Falar em direitos fundamentais é o mesmo que falar em direitos humanos? Introdutoriamente, Oscar Vilhena Vieira afirma que os “direitos humanos constituíram assim, numa definição preliminar, aquela esfera de intangibilidade voltada a proteger a dignidade de toda pessoa, pelo simples fato de ser humana”.¹⁶ Diante disso, uma vez sendo pessoa, os direitos humanos formariam como uma espécie de redoma que tutelaria a dignidade do seu titular.

¹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 393.

¹⁴ Essa lição pode ser encontrada, dentre outros, em ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988.

¹⁵ Nesse sentido: *Idem*; SOUZA, André Barbieri. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. In: *Direitos fundamentais e cidadania*. FACHIN, Zulmar. (Coord.); Acelino Rodrigues Carvalho... [et al] – São Paulo: Método, 2008, p. 31-37.

¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Dialogando sobre direitos humanos*. In: *Cadernos direito e cidadania*. I/25-42. São Paulo: IEDC e Artchip, 1999, p. 25.

Ainda no citado tema, Jorge Miranda afirma que estes estão ligados com o caráter internacional, independentemente de determinada ordem constitucional, possuem caráter supranacional.¹⁷ Nessa visão, os direitos humanos estão para além do Estado.¹⁸

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet faz uma curiosa observação: “Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano”.¹⁹ Todavia, as distinções são notórias. Entende-se a expressão direitos fundamentais para aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados na Constituição. Já os direitos humanos guardariam “(...) relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.”²⁰

Ainda sobre a distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, de certa forma, a própria Constituição (através da Emenda Constitucional n.º 45, mais conhecida como Reforma do Poder Judiciário) explicita no artigo 109, parágrafo 5º, a possibilidade de ocorrência do chamado *incidente de deslocamento de competência* para a Justiça Federal, nas causas em que o Procurador-Geral da República, diante de um juízo de grave violação aos direitos humanos, tendo em vista a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 51. Ainda nesse ponto, Flávia Piovesan afirma: “Adota-se aqui a compreensão contemporânea de direitos humanos, pela qual eles são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”. In: *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 41. Jean Morange, ao tratar dos direitos humanos afirma que: “Sua atualidade, que não retira nada de seu valor, deve-se a seu caráter mais subjetivo, e, por consequência, mais vago”. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Jean Morange; tradução Eveline Bouteiller. São Paulo: Manole, 2004, p. XIV. Por fim, RUBIO, David Sánchez. Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades. In: *Anuário Ibero-Americano de direitos humanos*. David Sánchez Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 63-98.

¹⁸ Willis Santiago Guerra Filho afirma: “(...) de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, (...) para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos (...) situados em uma dimensão supra-positiva”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 43-44.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 34.

²⁰ *Ibidem*, p. 36. Continua o autor: “Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que as expressões ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’, em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam a significados distintos.”, p. 39.

decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o País seja parte, assim o requerer.

Mais uma vez, pode-se perceber a característica dos direitos humanos em possuírem vocação universalista, diferentemente dos direitos fundamentais que, via de regra, estão sedimentados no ordenamento jurídico interno.²¹ Nessa linha, da leitura de Hannah Arendt pode-se concluir que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, ou seja, uma invenção humana que está sempre em construção e reconstrução.²²

Os direitos fundamentais se confundem com os direitos da personalidade? Aqui também há diferença, vez que os últimos estão manifestados em uma dimensão de notório cunho privatista, diferentemente dos direitos fundamentais que não recebem tal delimitação. Ainda que se manifestem reflexamente nesta, são, sem qualquer sombra de dúvida, por demais amplos e abrangentes em face aos direitos da personalidade.²³ Para melhor explicar, o próprio Código Civil brasileiro traz inúmeros direitos relacionados à personalidade, todavia, não se pode admitir que tal fato autorize o intérprete a afastar-se da Constituição.²⁴

Ao abordar o mencionado tema, Jorge Miranda assevera que a pessoa se relaciona tanto com o Estado quanto com outras pessoas, dessa forma, os direitos daquele titular podem assumir uma projeção publicística ou privatística. Nesses termos, a expressão direitos fundamentais seria voltada para os direitos ligados para com o Direito público e os direitos da personalidade para os direitos

²¹ Nesse sentido: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 43.

²² ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Nesse assunto, também: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1991, p. 134 ss.

²³ MORILLO, Joaquin García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanc, 1994, p. 195.

²⁴ Especificamente no exemplo brasileiro, ao traçar um paralelo entre o Código Civil e a Constituição Federal, Luiz Alberto David Araujo afirma: “(...) devemos dar as boas-vindas ao Código Civil, sem descurar, um minuto sequer, dos valores assegurados pelo constituinte, que são bem além do limitado tratamento do Código Civil”. ARAUJO, Luiz Alberto David. Direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988, p. 266 In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003. Em sentido próximo: FACHIN, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional, p.237-239. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003. Ao se estabelecer critérios que visam diferenciar os direitos fundamentais das demais expressões, desde já, faz-se a ressalva que, no caso dos direitos da personalidade, além de distinções há identidades no que tangem aos direitos fundamentais em correlação com alguns direitos da personalidade.

ligados ao Direito privado. Para o citado professor, por essa razão: “Os direitos fundamentais são os direitos de personalidade no Direito público; os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito privado”.²⁵

Por fim, os direitos fundamentais se confundem com direitos subjetivos públicos (liberdades públicas)? Isso também não ocorre, tendo em vista, que os direitos fundamentais são direitos nos quais os homens gozam perante o Estado (assim também os são os direitos subjetivos públicos); entretanto, nem todo direito subjetivo público é direito com a estrutura constitucional de um direito fundamental (aspecto da dimensão subjetiva e objetiva).²⁶ Peces-Barba afirma que a expressão *liberdades públicas* não é capaz de abarcar todas as possíveis facetas dos direitos fundamentais tal como afloram no mundo moderno, razão pela qual ficariam, por si só, incompletas em relação aos direitos fundamentais.²⁷

Ainda sobre as terminologias, cumpre estabelecer as diferenças trazidas por Martin Borowski no que diz respeito aos direitos humanos, direitos fundamentais nacionais, internacionais e supranacionais.²⁸ Nessa linha, afirma que os direitos humanos seriam aqueles dotados de validade universal, vez que são

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)*. Lisboa: Coimbra Editora, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. XLVI, n. 1, 2005, p. 288.

²⁶ Mais uma vez, pontuais são as palavras do Professor Willis Santiago Guerra Filho: “(...) os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se falar em seu ‘duplo caráter’, preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que o consagra deve organizar-se e atuar”. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 45.

²⁷ Para Peces-Barba: “Sin embargo, estamos ante una expresión que no abarca todas las posibles facetas de los derechos humanos tal como han ido aflorando en el mundo moderno, sino que se identifica con una categoría, la de aquellos derechos que llamamos derechos de autonomía porque suponen la creación por el Derecho de un ámbito exento para la libre acción de la voluntad. Ni los derechos participación, ni sobre todo, los derechos prestación, se pueden acomodar a esta terminología.”. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría geral*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 31. Jorge Miranda também desaconselha a utilização da expressão direitos subjetivos públicos como sinônimo ou em paralelo a direitos fundamentais por duas razões: 1) se a origem dos direitos fundamentais pode ser atribuída às correntes políticas e jurídicas dos Estados Unidos e da França (século XVIII), a elaboração dogmática da categoria inicia-se na Alemanha (já no século seguinte), em ambiente diferente. Assim, a teoria dos direitos subjetivos públicos busca explicar o sistema dos direitos das pessoas perante as entidades públicas, nos moldes do então Direito Alemão, como uma reação contra o Direito natural. A partir de uma concepção de que somente o Estado teria a vontade soberana, todos os direitos subjetivos públicos fundamentar-se-iam na organização estatal (o ordenamento objetivo de Direito público seria o fundamento do direito subjetivo público); 2) a expressão direitos subjetivos públicos reporta-se a uma visão extremamente positivista e estatista, fato esse que os amarra e condiciona (não se realça o sentido da autonomia das pessoas, ao contrário, prevalece a idéia de soberania).MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 54-55.

²⁸ Ainda que não seja demonstrada pela doutrina nacional, salvo melhor juízo.

atribuídos igualmente a todos os homens no mundo; possuem prioridade em relação ao direito positivo, pois representam a medida da legitimidade destes.

Os direitos fundamentais nacionais seriam os direitos individuais através de uma dimensão positiva na Constituição nacional do Estado democrático, tendo vista que o intuito desses seria o de transformar os direitos humanos em direito positivo. Os direitos fundamentais internacionais são aqueles consagrados nos pactos e convenções internacionais para tutelar os direitos humanos. Por sua vez, os direitos fundamentais supranacionais corresponderiam às liberdades fundamentais apontadas na União Européia (jurisprudência da Corte Européia de Luxemburgo).²⁹

Conforme já alertado, o presente trabalho utilizar-se-á da grafia *direitos fundamentais*.³⁰ Esta escolha é justificada nas seguintes razões.³¹ Se acaso fossem utilizadas as expressões *direito do homem* ou *direitos humanos* os desdobramentos seriam tamanhos que inviabilizariam o estudo das restrições diante do um cenário internacional. Se adotada fosse a escrita *direitos da personalidade*, ao contrário dos direitos humanos, se estaria delimitando por demais o tema, além de incorrer no estudo da intitulada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, em um campo de maior marco privatista e sem vinculação imediata com o presente trabalho. Por fim, se fosse empregada a grafia *direitos subjetivos públicos*, como já fundamentado acima, seria necessário modificar o objeto desta pesquisa, vez que o tema sofreria novo recorte diante da menor amplitude daquela terminologia em relação ao vocábulo direitos fundamentais.

Como se não bastasse os motivos já apontados, confirma-se o emprego da expressão direitos fundamentais, por no mínimo, mais cinco razões: 1) a manutenção da harmonia com o próprio texto constitucional brasileiro – ainda que já tenha sido mencionado o emprego de demais vocábulos; 2) a capacidade de

²⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 30-33.

³⁰ Ver nota de rodapé n.º 11.

³¹ Não se tem o objetivo em debater os inúmeros conceitos apontados pela doutrina como sendo aqueles que melhor exteriorizam o significado dos direitos fundamentais. Por essa razão, a título exemplificativo, optou-se pela lição de Antonio E. Perez Luño, ao afirmar que os direitos fundamentais são “... un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos...”. *Temas clave de la Constitución Española*. Los derechos fundamentales. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 46.

abranger os direitos individuais e políticos, sociais, de liberdade, além de outros; 3) a distinção desses direitos para todos os demais do ordenamento jurídico, vez que se está a estudar os direitos que gozam de força e proteção constitucional, freando, inclusive, a atividade opressora do legislador ordinário; 4) é expressão adotada por inúmeras Constituições europeias, dentre elas a Lei Fundamental da Alemanha (1949), Constituição Portuguesa (1976), Constituição da Espanha (1978); 5) e, por fim, é termo utilizado pela moderna doutrina mundial.³²

Solucionado o ponto quanto a terminologia, adentra-se no estudo das perspectivas para, ao final, optar por qual delas adotar.

1.3. As perspectivas dos direitos fundamentais

Deve-se lembrar que os direitos fundamentais triunfaram no final do século XVIII mediante as revoluções liberais.³³ Por essa razão, fundamentalmente, são como liberdades, ou seja, esferas em que o cidadão exerce sua autonomia em face do poder estatal. Todavia, os direitos fundamentais não estão limitados pura e simplesmente nesse contexto.

Dessa forma, para uma compreensão ampla, verifica-se o desdobramento dos direitos fundamentais em três distintas perspectivas, quais sejam: filosófica, universalista e estatal. Analisar as citadas perspectivas possibilita

³² Em síntese, este trabalho seguirá a expressão direitos fundamentais, uma vez que são os direitos jurídico-positivamente vigentes na ordem constitucional brasileira. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais “(...) nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.” In: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 42.

³³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 43. Não obstante, encontra-se discurso em que se defende a origem dos direitos fundamentais na Carta Magna de 1215, tese essa não acatada por esse trabalho. Nas próprias palavras de Vieira de Andrade: “Não falamos propriamente da Magna Carta de 1215 – exemplos de mecanismos *pactícios* em que o Rei se obrigava a respeitar alguns direitos, como os direitos à vida, à administração da justiça, garantias de processo criminal, etc. – porque, o seu caráter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. Ora, os direitos fundamentais, tais como os entendemos, são verdadeiros direitos ou liberdades, reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias de entre eles, por razões de humanidade. São nessa medida direitos de igualdade e não direitos de desigualdade”. *Ibidem*, p. 25-26.

uma compreensão abrangente não só sobre esses direitos, mas, principalmente, a opção e, tão logo, a justificativa da razão pela qual neste trabalho será adotada uma em detrimento das demais. Para se ter uma idéia da imensidão do tema, Robert Alexy afirma que, sobre os direitos fundamentais, possível é a formulação de teorias muito distintas, como a histórica, a sociológica e etc.³⁴

Ainda que se tenham inúmeras classificações, adota-se a linha desenvolvida por José Carlos Vieira de Andrade, uma vez que se verificarão as seguintes perspectivas: filosófica, universalista e estatal.

1.3.1. Perspectiva filosófica

Afirma-se que foi a partir dessa perspectiva que começaram a existir os direitos fundamentais.³⁵ Para a corrente filosófica, também conhecida como jusnaturalista, os direitos fundamentais “(...) existem independentemente da chancela do Estado, que, por sua vez, deve positivá-los, reconhecendo-os, formalmente. Todavia, positivados ou não, tais direitos existem; pois, não dependem do reconhecimento estatal”.³⁶

Dessa forma, antes de qualquer positivação, esses direitos estavam no imaginário do homem, em muito se aproximando do direito natural. Direito esse ilustrado, por exemplo, na obra *Antígona*, de Sófocles, em que há o retrato das angústias e das dores sofridas por Antígona ao encontrar seu irmão, Polínicês, morto. Assim, para que o corpo do irmão não fosse destroçado por hienas e abutres,

³⁴ Robert Alexy, ao abordar os direitos fundamentais, defende que: “sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explicam el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social son sólo tres ejemplos.”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11.

³⁶ FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 209.

a heroína, em franca desobediência às ordens de Creonte, embasada no direito natural de sepultar o ente querido, enterra o irmão.³⁷

Evidente que todo esse discurso enfrentou resistência na antiguidade, ainda mais em face da escravatura. Porém, com o advento do Cristianismo o conceito de dignidade humana foi reformulado, razão pela qual todos os seres humanos passam a ser concebidos como filhos do Criador e, dessa forma, iguais em dignidade.³⁸

Para José Carlos Vieira de Andrade, na perspectiva jusnatural, os direitos fundamentais são "... direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica".³⁹

Pode-se atribuir, com base nas lições acima, a busca por soluções (na perspectiva filosófica) dos problemas atuais de aplicação das normas de direitos fundamentais, tendo em vista o núcleo restrito desses direitos resguardarem a dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Deve-se ressaltar que os direitos fundamentais "(...) começaram por ser obra do pensamento humano e duram como explicitações da autonomia ética do homem, um valor que transcende a História e está para além do Direito (positivo)."⁴¹ Diante disso, os direitos fundamentais são anteriores ao Estado, pois pertencem "(...) à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento."⁴²

Defende-se a idéia da primazia do homem sobre o Estado. Em outras palavras, para a dimensão filosófica, antes do Estado e, até mesmo, independentemente da figura estatal, gozam os direitos fundamentais de autoridade e se justificam por si próprios.

³⁷ SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 45-50.

³⁸ Afirma Vieira de Andrade: "O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a Idade Média (...). O homem é, todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura". ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 12.

³⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁰ Esclarece-se que o tema relacionado à dignidade da pessoa humana será aprofundado no *Capítulo III*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 15

⁴² *Idem*.

1.3.2. Perspectiva universalista

A partir da 2ª Grande Guerra, diante das mais diversas atrocidades, o homem compreendeu que não mais bastava tutelar direitos fundamentais apenas na ordem interna das nações. Era imperiosa a proteção internacional da dignidade humana nos mais diversos povos.⁴³

A perspectiva universalista ou internacionalista, com grande contribuição do Direito Internacional Público, busca a proteção dos direitos dos homens de forma global (infelizmente a realidade demonstra que tal tentativa ainda se encontra distante de um resultado satisfatório).⁴⁴ Assim, os tratados, pactos, convenções, acordos, declarações, dentre outros documentos, protegem o ser humano independentemente do grupo religioso, da cultura ou da orientação sexual a qual seja filiado.⁴⁵

Inúmeros são os textos solenes que visam à proteção do ser humano, independentemente do Estado de origem.⁴⁶ Por claro, se árdua é a efetivação dos direitos fundamentais na ordem interna, externamente o problema é ainda maior, necessitando, também de imprescindível posição pró-ativa, voltada para a tutela dos direitos elementares à dignidade da pessoa humana, independentemente do Estado de origem.

Os direitos fundamentais internacionais apresentam algumas características próprias, como, não estarem limitados ao núcleo restrito dos direitos naturais. Além disso, há uma diversidade de entendimento, vez que suas formulações são necessariamente vagas. Dessa forma, acaba por existir um

⁴³ Nesse contexto, esclarece José Carlos Vieira de Andrade: “A experiência da guerra e dos totalitarismos, sobretudo num momento em que já não é possível condenar à abstenção o Estado – definitivamente consagrado como administrador da sociedade – e se anuncia uma nova ordem social, impôs que se aproveitassem os laços internacionais, entretanto criados, para declarar e estabelecer um certo núcleo fundamental de direitos internacionais do homem”. ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 16.

⁴⁴ Esclarecedoras são as lições de BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18 e ss.

⁴⁵ A título de exemplificação pode-se elencar: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), entre outras.

⁴⁶ Dentre essas se destacam: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966); Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992); Estatuto de Roma (1998), entre outros.

conjunto de direitos, em que decorrem os demais, pois há uma íntima ligação para com a dignidade e ao valor do ser humano.⁴⁷

Com base em Peter Häberle, pode-se apontar como um reflexo da tradicional perspectiva universalista, aquilo que o autor menciona como realização cooperativa dos direitos fundamentais. Explica-se: diante de um Estado constitucional, este deve buscar realizar os direitos fundamentais nas suas relações para com outros Estados para, dessa forma, “(...) criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para ‘estrangeiros’ e apátridas ‘entre si’.”⁴⁸ Ainda que seja uma tarefa grandiosa, é imprescindível a tutela dos direitos fundamentais (direitos humanos) para além das barreiras de cada Estado.⁴⁹

1.3.3. Perspectiva estatal

Por fim, aborda-se a perspectiva estatal.⁵⁰ Ainda que já mencionado, a partir da leitura do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, verifica-se que a sociedade na qual não existir a garantia dos direitos, nem estiver estabelecida a separação dos poderes, não terá (propriamente) uma Constituição. Sendo assim, os Estados passam a inserir um rol de direitos fundamentais em seus Textos (ora mais extensos, ora mais modestos).

Uma vez que os direitos fundamentais tenham como uma das notas principais a igualdade (e não a desigualdade), albergá-los na Constituição passa a ser uma vantagem tríplice para a nação, quais sejam: a) passam a ter novo sentido,

⁴⁷ Para José Carlos Vieira de Andrade: “Há um conjunto de direitos fundamentais, do qual decorrem todos os outros: o conjunto dos direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.” *Ibidem*, p. 25.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 66.

⁴⁹ Sobre esse tema sugere-se a leitura de BRUGGER, Winfried. *A pessoa humana dos direitos humanos*. In: *Cadernos da Escola de Direito e relações internacionais da UniBrasil*. v. 5, n. 5, (jan/dez., 2005). Curitiba: Paraná, 2005, p. 255-270.

⁵⁰ Ressalta-se que Zulmar Fachin, além das três perspectivas acima mencionadas, ainda trata da perspectiva histórico-sociológica. FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 210-211.

pois são concretamente dispostos; b) o conteúdo desses direitos ganha especificidade por estarem mais próximos para com a realidade do cotidiano; c) condicionam o exercício dos mais diversos poderes estatais, ou seja, ganham em juridicidade.⁵¹

Mediante a realidade brasileira, ainda mais evidente se torna a citada perspectiva principalmente, nos momentos de instabilidade propícia a tentativas sorrateiras de supressão de direitos e garantias fundamentais fantasiadas em “reformas que buscam flexibilizar os ditames legais e proporcionar o desenvolvimento da nação”.⁵²

Diante das três perspectivas ora mencionadas, adotar-se-á a de cunho estatal. Justifica-se o não se perfilar junto às correntes filosóficas e universalistas pelas seguintes razões: o ingresso na primeira ocasionaria uma transferência das questões fixadas no plano jurídico para o metajurídico,⁵³ por sua vez, adotar a segunda traria, conforme já comentado alhures, uma inviabilidade para o presente trabalho, assim como a modificação plena do objeto de estudo deste, em face do prisma global dos direitos universais do homem.⁵⁴

Dito isso, é prudente adentrar ao estudo dos direitos fundamentais de primeira dimensão.⁵⁵

1.4. O debate terminológico e o estudo dos direitos fundamentais de primeira dimensão

⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 32-33.

⁵² Sobre esse discurso de “reformulação” do texto constitucional ver o item 1.5.4 e as tentativas de supressão das cláusulas pétreas.

⁵³ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)*. Revista da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa, v. XLVI, n. 1. Lisboa: Coimbra Editora, 2005, p. 287.

⁵⁴ O fato deste trabalho adotar, metodologicamente, uma perspectiva (neste caso a perspectiva estatal) não afasta a idéia de que, na prática, seja quase impossível separá-la das demais por completo.

⁵⁵ De imediato, alerta-se para o fato de que não será capaz o caminhar por todas as dimensões dos direitos fundamentais. No entanto, sobre as críticas envolvendo a classificação desses direitos, dentre outros autores, cita-se ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 261e ss.

Além de extenso é por demais fascinante o estudo da origem, consolidação, desenvolvimento e evolução dos direitos fundamentais ao longo do caminhar dos seres humanos.⁵⁶

Porém, o objetivo deste trabalho é mais singelo, vez que centenas de páginas seriam necessárias para tentar delimitar (e não esgotar) o respectivo assunto.⁵⁷ Nesses moldes, alguns pontos serão pinçados para que seja desenvolvido um estudo aprofundado, nos moldes da terminologia ora adotada.⁵⁸

Ao estudar as dimensões dos direitos fundamentais cumpre, preliminarmente, verificar as razões pelas quais, neste trabalho, será utilizado o vocábulo dimensão e não geração. Ainda que seja uma questão terminológica, por dever de precisão, fazem-se necessários os comentários abaixo.

Entende-se pela inexatidão do termo *gerações* de direitos fundamentais, tendo em vista a possibilidade de uma transmissão de idéia equivocada, na qual esses direitos seriam superados com o passar do tempo, em que uma geração sobreporia a outra, afastando a complementaridade e a cumulatividade.⁵⁹

Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan afirma que se adota o entendimento no qual uma geração de direitos não toma o lugar de outra, mas interage. Sendo assim, combate-se a idéia de sucessão geracional de direitos, na medida em que se admite a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados.⁶⁰ Nas palavras de Alexandre Coutinho Pagliarini: “A

⁵⁶ Sugere-se a leitura de PRONER, Carol. Sistema internacional de proteção de direitos humanos: a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Cadernos da Escola de Direito e relações internacionais da UniBrasil*. v. 7, n. 7 (jan/dez., 2007). Curitiba: Paraná, 2005, p. 255-270.

⁵⁷ Nas palavras de Norberto Bobbio, “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

⁵⁸ Tendo em vista que não será trilhado o caminho de reconhecimento dos direitos fundamentais desde a Magna Carta de João Sem-Terra, até a atualidade, sugere-se a leitura de: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 43-53; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 150-171.

⁵⁹ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “(...) o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.” Ibidem. p. 54.

⁶⁰ Flávia Piovesan complementa ao afirmar que os direitos fundamentais são: “(...) todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”. PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 27.

proclamação e a garantia dos Direitos Fundamentais devem ser interpretadas como uma evolução que, abertamente, foi colocando lado a lado Direitos (...).⁶¹

Para Willis Santiago Guerra Filho, outro ponto também se faz de grande relevância no que diz respeito a utilização da palavra dimensão (e não geração), uma vez que, não se trata apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não são fulminadas com a nascer de novas: “Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”.⁶²

O estudo dos direitos fundamentais iniciar-se-á a partir do século XVIII, pois, a história desses direitos começa, propriamente, com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, ao declararem a independência em face da Inglaterra; isso sem prejuízo do movimento revolucionário francês.⁶³ Nesses termos, tem-se na 1ª dimensão todo um rol dos direitos de liberdade mais elementares ao ser humano. Superada a discussão quanto ao

⁶¹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 34. Nessa esteira de debate, Carlos Weis afirma: “Insistir, pois, na idéia das gerações, além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos (...)”. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 43-44. Há, também, doutrinadores que não concordam com o emprego do vocábulo dimensões. Nessa corrente destacam-se Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que preferem a utilização dos termos categorias ou espécies de direitos fundamentais, pois, entendem que: “Fala-se em ‘dimensão’ para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico”. DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

⁶² Para melhor compreensão, exemplifica: “(...) o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 47.

⁶³ Nesse sentido afirma Carl Schmitt: “La historia de los derechos fundamentales comienza propriamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra”. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006. p. 164. Em raciocínio semelhante, Antonio Torres de Moral, leciona: “Las declaraciones americanas de fines Del siglo XVIII (...) contemplan AL individuo como tal y no como miembro de una corporación y, por ende, declaran los derechos para todos, con unos caracteres de igualdad y generalidad desconocidos anteriormente”. MORAL, Antonio Torres Del. *Introducción AL derecho constitucional*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1996, p. 132.

vocábulo a ser empregado, cumpre, de imediato, adentrar ao estudo dos direitos fundamentais de primeira dimensão.⁶⁴

1.4.1. Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam como um escudo de defesa utilizado pelo indivíduo em face das investidas tirânicas e abusivas cometidas pelo Estado. Esses direitos são ligados, em geral, à idéia inicial do lema da Revolução Francesa, a liberdade.

Como se conhece, os direitos pertencentes ao rol da primeira dimensão surgem, principalmente, da luta pela separação do poder político, da igreja e do combate aos mandos daquele que era o soberano. Nas palavras de Norberto Bobbio, os direitos de primeira dimensão buscam “(...) limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*.”⁶⁵

A nota marcante dos direitos de primeira dimensão é a criação de uma área protegida por um *cordão de isolamento jurídico* em face do Estado. Figurativamente, como se criasse, ao redor de cada direito uma bolha juridicamente delimitada ou delimitável apta a conter investidas ilegítimas quer seja de outros particulares, quer seja dos entes estatais.⁶⁶

⁶⁴ De imediato faz-se a ressalva pelo entendimento de que, independentemente, o número de dimensões ou os direitos fundamentais albergados em cada uma destas, a citada classificação propicia uma compreensão didática desses direitos, jamais estanque. Cumpre apontar para a ressalva de José Adércio Leite Sampaio: “A classificação geracional tem o mérito de nos mostrar em forma simples e didático um resumo da história dos direitos, mas peca se for tomada a fundo e a sério feito compartimentalização estanque, misturando estruturas e funcionalidades de uma mesma categoria”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 310. Nas palavras de Paulo Bonavides, o lema revolucionário francês “(...) exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 562.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

⁶⁶ Nas palavras de Jorge Reis Novais: “Nos direitos de liberdade a norma constitucional de direitos fundamentais cria, ela própria, uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental, impondo, desde logo, aos poderes constituídos a obrigação de acatarem e garantirem a inviolabilidade e possibilidades jurídicas de realização e concretização do

Nesses termos, a primeira dimensão abrange os direitos de liberdade, ou seja, os denominados direitos civis e políticos. Explica-se: por direitos civis ou liberdades individuais estão aqueles que garantem, ainda que minimamente, a integridade física e moral do homem, ou seja, compõem um espaço de desenvolvimento da personalidade humana. Nesse rol estão inseridos: a liberdade de religião, de expressão, o direito à vida e à segurança (garantias contra prisões arbitrárias), entre outros. Norberto Bobbio afirma que os direitos civis “são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo, através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e de liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito dos outros.”⁶⁷

Por direitos políticos, ou de participação política (liberdades políticas) estão os direitos de votar e ser votado, os direitos de formação do homem enquanto ser político, do controle da população sobre o processo de escolha e de atuação de seus representantes no governo.⁶⁸ Nesse momento, Norberto Bobbio afirma que “(...) os direitos políticos estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado.”⁶⁹

No rol dos direitos fundamentais de primeira dimensão o titular é o homem, o indivíduo que os opõem frente aos mandos e desmandos estatais, é o ser humano caminhando de encontro ao arbítrio do Estado. Por essa razão são também chamados direitos de resistência. A sociedade (o homem) e o Estado são nitidamente separados.⁷⁰

poder de autodeterminação individual assim, directa ou indirectamente, reconhecido”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 133-134. Ainda que não seja objeto de estudo deste trabalho, no que tange ao direito à educação e a relação existente para com a primeira dimensão dos direitos fundamentais, sugere a leitura de MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 354.

⁶⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 260.

⁶⁹ Idem. Ainda que os denominados direitos sejam exercidos pelo indivíduo, bem como em relação à abstenção estatal, é importante ressaltar a existência de direitos, mesmo individualmente exercidos, requerem o agir coletivo, por exemplo, o direito à associação – liberdade de associação.

⁷⁰ Ainda que os denominados direitos sejam exercidos pelo indivíduo, bem como em relação à abstenção estatal, dois comentários pontuais são necessários. Primeiro, ainda que sejam individualmente exercidos, existem direitos nesse rol que necessitam do agir coletivo, por exemplo, o direito à associação – liberdade de associação.

Tamanha é a importância, bem como a dramaticidade na construção dessa primeira dimensão que, Paulo Bonavides, afirma: “os direitos da primeira geração já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão”.⁷¹

Os direitos fundamentais de primeira dimensão também são denominados de direitos de status negativo, ou seja, direitos de cunho negativo, pois decorrem do fato de que o Estado deve possuir uma postura de não fazer, ou seja, exige-se do poder público o abster-se.⁷² Assim afirma Jorge Reis Novais: “O dever jurídico correspectivo dos direitos de liberdade que impende sobre o Estado traduz-se num conjunto de deveres de omissão (...)”.⁷³

Nos limites traçados e justificados neste trabalho, após estudar a primeira dimensão, analisam-se os elementos justificadores para a existência de um status jurídico diferenciado no que tange aos direitos fundamentais.⁷⁴

1.5. Elementos aptos a caracterizar um status jurídico diferenciado dos direitos fundamentais

Faz-se importante adentrar ao estudo das características, ou elementos, que conferem aos direitos fundamentais um status jurídico diferenciado

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 563.

⁷² Desde já é necessária a ressalva para dois direitos que se comportam como exceção à regra ora afirmada no que diz respeito ao posicionamento estatal em relação aos direitos de primeira dimensão. Para uma mais adequada explicação utilizar-se-á do *Capítulo II*.

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 136. Por dever de precisão, cumpre alertar que juntamente com a idéia de omissão existe a concepção de ação (em alguns casos e para nítidos fins) por parte do Estado. Assim leciona o respectivo autor: “(...) no lado do titular do direito fundamental há direitos e pretensões individuais na defesa de um *status* de liberdade já alcançado e garantido, mas também direitos e pretensões individuais a prestações orientadas pelo objectivo de melhoria desse *status* ou de reconstrução de um *status* anterior. Dentro das pretensões ou direitos a acções positivas encontram-se os direitos à eliminação ou anulação das intervenções ilegítimas na esfera protegida de direito fundamental, as pretensões à reconstrução da situação alteradapela intervenção ilegítima do Estado ou de compensação pela lesão verificada, as pretensões de protecção contra ameaças ou intervenções providas de terceiros ou de contingências naturais e as pretensões de apoio estatal à garantia de um *standard* mínimo de fruição do direito ou das possibilidades da sua efectivação, como sejam as pretensões à actuação estatal de organização e procedimento ou à prestação de condições que permitam ou preservem o exercício efectivo do direito”. Idem.

⁷⁴ Só se abordou os direitos fundamentais de primeira dimensão, pois, em face do objeto deste trabalho, analisar as demais dimensões seria tarefa secundária para tais propósitos.

por, no mínimo, essas razões: 1) demarcar o campo jurídico dos direitos fundamentais; 2) verificar se as características atribuídas a eles realmente os tornam aptos a sustentar um status jurídico diferenciado de todo o resto do ordenamento jurídico constitucional; 3) promover e ressaltar todos os esforços das gerações passadas para que, quer seja plena ou parcialmente, a geração atual respire ares de maior democracia, ao invés dos tempos angustiantes do autoritarismo; 4) fundamentar e promover o Estado Democrático de Direito, entre outras.

A partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), principalmente o artigo 16,⁷⁵ confere aos direitos fundamentais um caminho obrigatório na passagem para se alcançar o próprio fim da Constituição, estando no reconhecimento desses direitos o alicerce do Estado Democrático de Direito.⁷⁶

Diante do acima afirmado, os direitos fundamentais passam a integrar a essência do Estado Constitucional (somados a esse a separação e organização dos poderes estatais), ou seja, elemento nuclear da Constituição material.⁷⁷

No simples manuseio da Constituição de 1988 salta aos olhos o prestígio conferido aos direitos fundamentais por parte do constituinte. Tanto é verdadeiro que os mencionados direitos estão em posição de destaque, logo no começo do Texto e antes mesmo da própria definição e organização da estrutura do Estado, fato esse que exterioriza um claro sinal da importância ora deferida.

Nos itens abaixo será aprofundado o estudo de alguns elementos responsáveis a caracterizar um status jurídico diferenciado aos direitos fundamentais.

⁷⁵ O citado artigo menciona, em outras palavras, para o qual a sociedade em que não exista a garantia dos direitos nem estabeleça a separação dos poderes não possui uma Constituição. Jorge Miranda afirma que: “O princípio da separação dos poderes foi consagrado em todas as Constituições dos séculos XVIII e XIX, em obediência ao dogma inscrito no artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

⁷⁶ Nesse sentido FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A cultura dos direitos fundamentais*. In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 245.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 69-70.

1.5.1. O catálogo dos direitos fundamentais e a abertura do §2º do artigo 5º: os tratados internacionais como fontes dos direitos fundamentais

Ao passo em que se aborda esse tema dos direitos fundamentais, tão logo surge a idéia de abertura e flexibilidade.⁷⁸ Pode-se afirmar com ampla segurança que à luz do direito constitucional brasileiro, os direitos fundamentais não formam um sistema em separado, estanque, cerrado para com o restante do texto constitucional e até mesmo para com o direito internacional, ou seja, os direitos fundamentais não formam um rol taxativo. Ressalta-se que a própria Constituição é concebida como um sistema aberto de regras e princípios.⁷⁹

Nesse contexto, debate-se o § 2º do artigo 5º da Constituição, para o qual, no regime dos direitos fundamentais, os direitos e garantias previstos formalmente no texto constitucional não excluem outros que sejam ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Magna Carta ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.⁸⁰

Jónatas E. M. Machado afirma que a versão atual da Constituição brasileira manifesta-se pela abertura ao direito internacional em matéria de direitos fundamentais,⁸¹ todavia, muito tem que se caminhar pela eficácia plena desses.⁸²

⁷⁸ Sobre o tema: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Mas Limonad, 2002, p. 43 e ss.

⁷⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 171 e ss.

⁸⁰ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta 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. Ingo Wolfgang Sarlet elucida que não é demais lembrar a consagração na Constituição de 1988 a idéia da abertura material do rol constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja: “(...) isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97.

⁸¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 149.

⁸² Nesse sentido, o mesmo Jónatas E. M. Machado defende: “diferentemente do que sucede no âmbito do direito internacional econômico, não existem pressões competitivas no sentido do aumento da observância (dos tratados de direitos humanos) por parte dos Estados, nem o perigo de retaliações por incumprimento é visto como uma ameaça séria. não existem mecanismos eficazes, públicos e privados, de monitoração, controle e denúncia pública internacional das violações de direitos humanos. (...) Por outro lado, nota-se que o grau de respeito pelos

Em que pese a redação já mencionada do § 2º, há na doutrina nacional quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam: 1) hierarquia supraconstitucional destes tratados; 2) a hierarquia constitucional; 3) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; 4) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.⁸³

A complexidade desse tema exterioriza, na própria Corte Suprema brasileira, uma diversidade de posicionamentos, a saber: a posição majoritária gravita pela paridade hierárquica entre tratado e lei federal.⁸⁴ Existem posições favoráveis à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia infraconstitucional, porém supralegal.⁸⁵

Entretanto, não há dúvida de que a partir da Constituição de 1988 o Brasil passou a ratificar inúmeros tratados, como, por exemplo: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20.07.1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.1989; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24.01.1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992; o Estatuto de Roma, 20.06.2002, entre outros.⁸⁶

direitos humanos é muito maior nos Estados que têm o compromisso constitucional *a priori* com os valores da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da democracia e do Estado de Direito. Em todo o caso, a celebração de convenções internacionais, apesar de estar longe de conduzir aos resultados esperados e desejados, parece ser vista como globalmente positiva, na medida em que permite, no longo prazo, um maior empenhamento da ONU e da comunidade internacional na promoção, proteção e denúncia da violação dos direitos humanos (...). Ibidem, p. 381-382. Em que pese não ser objeto de estudo nesse trabalho o § 3º do artigo 5º, os comentários acima também os são pertinentes.

⁸³ Sobre esse tema: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 75 e ss.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.131/RJ, de 22.11.1995. Rel. Min. Celso de Mello.

⁸⁵ Nesse sentido o Ministro aposentado Carlos Velloso entendia em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, nos termos do voto prolatado no julgamento do caso Ellwanger, HC 82.424/RS. Já o Ministro aposentado Sepúlveda Pertence entendia pela hierarquia supralegal, mas infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos (RHC 79.785/RJ). Na linha de estudo sobre a nota de abertura dos direitos fundamentais e, tão logo, a hierarquia constitucional desses tratados, sugere-se a leitura de PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 250 e ss.

⁸⁶ Nesse contexto, André de Carvalho Ramos alerta: “A crescente adesão do Brasil a tratados internacionais de direitos humanos e o conseqüente aumento da possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro por atos violatórios destes direitos protegidos faz ser necessária uma reflexão sobre a aplicabilidade do resultado desses processos de responsabilidade internacional do Estado no Direito interno”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 323. Evidente que há pontos a serem corrigidos, todavia, deve-se comemorar o fato de o Brasil caminhar ao encontro da promoção dos direitos fundamentais (direitos humanos).

Ainda sobre o tema dos tratados, Flávia Piovesan afirma que a Constituição de 1988 inovou, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos trazidos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário: “Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja a de norma constitucional”.⁸⁷

Verifica-se que as Constituições (recentes) da América Latina conferem aos tratados de direitos humanos um status jurídico especial, ou seja, outorga uma nota de diferenciação. Como exemplo, a Constituição argentina que alça os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional (artigo 75, § 22).

Uma vez que seja receptível a novos conteúdos e desenvolvimentos, o rol dos direitos fundamentais passa a estar integrado não só com a ordem constitucional, mas com a própria sociedade. O caráter da abertura é além de mecanismo para acompanhar a evolução jurídica, um importante fator de proteção ao ser humano, pois, se assim não o fosse, inviabilizada estaria a aplicação desses direitos em face de casos inéditos, em que a complexidade necessite do nascer de novos direitos ou, no mínimo, de uma redefinição no alcance da aplicação. Sobre o tema, Clèmerson Merlin Clève afirma que “... as normas de direito fundamental são

⁸⁷ Nessa linha: “Conclui-se, portanto, que no direito brasileiro faz opção por um sistema misto: os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5.º, § 2º – apresentam natureza de norma constitucional, os demais tratados internacionais apresentam natureza infraconstitucional”. Ambas citações do mencionado parágrafo: PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: *Reforma do judiciário*: analisada e comentada. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. (Coord.). São Paulo: Editora Método, 2005, p. 71. A afirmação da autora é justificada nos seguintes termos: “Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à norma internacional – abertura que resulta na ampliação do ‘bloco de constitucionalidade’ que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. A partir da Constituição de 1988 intensificam-se a interação e a conjugação do direito internacional e do direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do direito constitucional somado ao processo de constitucionalização do direito internacional”, p. 70.

dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social”.⁸⁸

Os direitos fundamentais são, do ponto de vista figurativo, como as aspirações dos seres humanos, não se encerram, pois a conquista de uma gera a busca pela materialização de outra (s). Assim, da mesma forma que o homem necessita do sonho para enfrentar as adversidades do caminho e, tão logo ter forças para vencê-las, os direitos fundamentais reclamam pela existência de uma via aberta para a recepção de novos preceitos aptos a acompanhar o desenvolvimento social. Entende-se o § 2º do artigo 5º como uma válvula aberta para a oxigenação do regime jurídico dos direitos fundamentais.⁸⁹

1.5.2. A nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, diante da imprescindível tutela concedida ao indivíduo, assim como à sociedade,⁹⁰ foram elevados à dimensão de *fundamental rights* e, tão logo, alçados como normas (regras e princípios) de direito constitucional. Ausente essa positivação, os direitos fundamentais seriam como um sonho, uma quimera viva nos discursos de mera retórica política. Assim, a partir do momento em que foram sedimentados como normas constitucionais o devaneio é afastado e, o que era um sonho passa a se concretizar.⁹¹

Os direitos fundamentais não podem ser compreendidos como um compartimento isolado, atomizado e incomunicável com as demais partes

⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire. In: *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Sérgio Sérulo da Cunha e Eros Roberto Grau. (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 232.

⁸⁹ Não obstante, a EC n.º 45/04 introduziu na redação do artigo 5º o §3º, uma vez que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁹⁰ Ressaltam-se, nesse momento, a existência da 3ª dimensão como sendo àquela em que os direitos fundamentais de titularidade coletiva estão albergados.

⁹¹ Nas palavras de MORAIS, José Luís Bolzan: “(...) a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional”. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2000, p. 12.

integrantes da Constituição. Ao contrário, esses direitos estão “... organicamente ligados aos restantes domínios constitucionais (...). Os direitos fundamentais formam um todo coerente com outros componentes da decisão constituinte particularmente, a componente democrática e a componente social”.⁹²

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que a constitucionalização e a fundamentalização (por evidente os reflexos gerados) são notas marcantes dos direitos fundamentais.⁹³ A partir do momento em que os direitos do homem deixam de estar à mercê do legislador ordinário e passam a estar incorporados em normas magnas, aptas a tutelá-los, denomina-se a constitucionalização. O efeito mais notório dessa está na tutela dos direitos fundamentais mediante um controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores dos respectivos direitos. Por sua vez, a fundamentalização é a proteção dos direitos diante de um aspecto formal e, também, em sentido material.

Inicialmente, a fundamentalidade formal dispõe que: 1) as normas consagradoras de direitos fundamentais são normas residentes no grau superior da ordem jurídica, em outras palavras, os direitos fundamentais estão situados no cume de todo o ordenamento jurídico;⁹⁴ 2) por serem normas constitucionais estão submetidas a procedimentos (formais e materiais) no que diz respeito à revisão;⁹⁵ 3) por serem normas incorporadoras de direitos fundamentais, em alguns casos, constituem limites materiais da própria revisão (cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, §4º, CF/88); 4) são normas dotadas de imediata vinculação dos poderes públicos (sem prejuízo das entidades privadas também),⁹⁶ constituindo padrões de escolhas, decisões, ações e controle por parte dos órgãos do Legislativo, Executivo e Judiciário.⁹⁷ Dessa forma, pode-se afirmar que os direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles “(...) expressamente consagrados na

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume 1. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 306.

⁹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 378-380.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.88.

⁹⁵ Ainda que se tenha uma considerável discussão no tocante à amplitude das cláusulas pétreas, conforme se verá no item 5.4.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 88-92

constituição formal.”⁹⁸ Aqui, estão inseridos os direitos que possuem a forma constitucional.

Ao seu turno, a fundamentalidade material aponta que o conteúdo dos direitos fundamentais é formado por estruturas elementares do Estado e da sociedade. Assim, a fundamentalidade material concede suporte para: 1) abertura da Constituição a outros direitos (também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais); 2) aplicabilidade aos direitos tão somente materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico próprio da fundamentalidade formal; 3) a manutenção da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais, que, por sua vez, possibilita o desenvolvimento e a pluralidade de todo o sistema constitucional.⁹⁹

Nesses termos, a fundamentalidade material permite a abertura do Texto Magno a outros direitos fundamentais não albergados (leia-se grafados) na própria Constituição. Sendo assim, uma vez que tais direitos não possuem a forma constitucional (quer por estarem fora do catálogo, quer por não estarem presentes no próprio texto constitucional), são denominados de direitos materialmente constitucionais. Para evitar confusões quanto ao entendimento se um direito tem a forma constitucional e, diante disso, deve ou não ser considerado digno para receber o status de fundamental, José Joaquim Gomes Canotilho ensina: “A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.”¹⁰⁰

Todavia, diante de uma questão prática, como identificar estar, ou não, presente a nota da fundamentalidade material? Para responder essa questão, entende-se como pontual o raciocínio de Ingo Wolfgang Sarlet:

⁹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 406.

⁹⁹ Mais uma vez utiliza-se das lições de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 99 e ss.

¹⁰⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 403.

Importa considerar, ainda com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.¹⁰¹

No debate entre a formalidade e a materialidade, Martin Borowski afirma que o conceito formal dos direitos fundamentais pode ser verificado através de um determinado catálogo destes na Constituição. Essa posição pode não ser capaz de solucionar todos os problemas, vez que existem direitos fundamentais para além do catálogo. Por essa razão, afirma o autor que o conceito formal de direito fundamental pode ser útil para o trabalho prático, mas em casos de dúvida passa a ser imprescindível adotar o conceito material.¹⁰²

Ainda sobre esse tema, Flávia Piovesan constrói um interessante raciocínio a respeito dos tratados internacionais (de direitos humanos) tão somente materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Antecipa-se que os primeiros são suscetíveis de denúncias (ato de retirada do mesmo tratado), enquanto os segundos não. Explica-se: uma vez que se admita a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, assim como os demais direitos fundamentais constituem cláusula pétrea e não podem ser retirados por meio de Emenda Constitucional (art. 60, § 4º, IV). Mesmo dessa forma, afirma a citada autora que os direitos constantes nos tratados internacionais de direitos materialmente

¹⁰¹ Ibidem, p. 89. Desde já é importante ressaltar o próprio alerta feito pelo respectivo autor, para o qual: “Qualquer conceituação de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada, é preciso ter em mente, portanto, que um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta (...) Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com a fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valorização distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta.”, p. 90-91.

¹⁰² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 35.

constitucionais são suscetíveis à denúncia por parte do Estado signatário.¹⁰³ No que tange aos tratados material e formalmente constitucionais, esses não podem ser objeto de denúncia.¹⁰⁴

Em apertada síntese, os direitos fundamentais são analisados através de um duplo aspecto: há os direitos fundamentais formalmente constitucionais que são aqueles enunciados tutelados por normas de valor constitucional formal. Por sua vez, os direitos materialmente fundamentais, sendo aqueles que a Constituição admite como tais, tendo em vista as regras aplicáveis do direito internacional.¹⁰⁵ Dessa forma, constata-se que a Constituição admite direitos fundamentais que não estejam, necessariamente, formalizadas em seu próprio texto (conforme já comentado acima, além do âmbito da abertura e flexibilidade constitucional). Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o amplo catálogo de direitos fundamentais existentes na Constituição não esgota o campo constitucional dos respectivos direitos, haja vista os chamados direitos fundamentais dispersos.¹⁰⁶

Por decorrência lógica, esse trabalho se preocupará com maior intensidade aos direitos fundamentais formalmente constitucionais, especificamente, no momento do estudo das restrições aos direitos fundamentais individuais.

1.5.3. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

¹⁰³ Para melhor ilustrar, o artigo 78 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é enfático ao afirmar que a denúncia não eximirá o Estado signatário das obrigações respectivamente impostas, quer seja pela ação ou omissão presente antes da data em que a denúncia produzir os efeitos legais.

¹⁰⁴ (...) vez que os direitos neles enunciados receberam assento no texto constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação (...) se tais direitos passaram a compor o quadro constitucional (campo material e formal) não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular. PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón. (Coord.). São Paulo: Editora Método, 2005, p. 73-75. Continua a autora: “Em suma: os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de direito internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são suscetíveis de denúncia.”, p. 75.

¹⁰⁵ GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? In: *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 10, n. 39, abril-junho de 2002, p. 119.

¹⁰⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 404.

Além da abertura do catálogo e da fundamentalidade, os direitos fundamentais são dotados de outra característica de importância evidente. Tamanho foi o zelo do constituinte em evitar manobras de terceiros que viessem a aspirar o esvaziar desses que a Constituição determinou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nos termos do artigo 5º, §1º. É importante frisar que essa busca por conferir uma ampla efetividade aos direitos fundamentais, acabou por consagrar um princípio constitucional inédito na história do Brasil.¹⁰⁷ Nesses moldes, “toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e, neste sentido, devem se orientar os poderes públicos”.¹⁰⁸

Nas palavras de Flávia Piovesan, o princípio da aplicabilidade imediata “(...) realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos”.¹⁰⁹

Quando se trabalha com a ordem do aplicar imediato, evita-se o esvaziamento do direito fundamental que, conforme interesses ordinários poderia ser vítima de atividades legislativas limitadoras no sentido pejorativo.¹¹⁰ Afinal, o que se busca é a aplicação de forma direta, maximizando os efeitos dos direitos fundamentais. A regra não pode ser pela imprescindível complementaridade, mas por existir uma vocação que confere poderes suficientes para o pronto agir, estando aptos a atuar para proteger o necessitado. Em linguagem figurativa, os direitos fundamentais seriam uma espécie de guarda-costas que, independentemente da situação ou dos meios disponíveis, tem por missão a salvaguarda do ser protegido.

Por mais apaixonante e vasto que seja o debate sobre o princípio da aplicabilidade imediata, a eficácia das normas constitucionais e as diversas correntes sobre o tema, é preciso manter o foco deste trabalho, razão pela qual não

¹⁰⁷ Não obstante a utilização do vocábulo princípio, conforme se verá no final desta *Capítulo*, é perfeitamente possível, a depender também do caso concreto, a compreensão do citado §1º como uma regra.

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 35.

¹¹⁰ Como bem afirmou Konrad Hesse “a interpretação constitucional é a concretização HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43.

se busca esgotar o mencionado tema, mas apontar pensamentos e análises diversas para, ao final, adotar e caminhar num sentido.¹¹¹

Nas lições de Jorge Miranda o sentido essencial da norma é: 1) salientar o caráter preceptivo e não meramente programático das normas de direitos fundamentais; 2) afirmar que esses direitos estão embasados na Constituição e não na lei; 3) esclarecer que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve se movimentar no âmbito dos direitos fundamentais.¹¹²

Há um outro desdobramento importante da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Na hipótese de *ausência da lei*, ter-se-á que: 1) o constituinte originário afirmou o caráter jurídico-positivo e não meramente programático dos dispositivos relativos aos direitos, liberdade e garantias. 2) a Constituição vincula positivamente o legislador e uma lei não possuirá valor jurídico se atentar contra a norma constitucional consagradora de um direito. 3) a aplicabilidade imediata não visa apenas garantir a prevalência da validade, mas em se tratando de aplicação, da eficácia imediata de cada dispositivo relativos aos direitos, liberdade e garantias. 4) ainda que inexista legislação sobre a matéria (ausência de lei), a aplicabilidade imediata valerá como indicador de exeqüibilidade imediata das normas em apreço, ou seja, presumir-se-á a perfeição e auto-suficiência dessas.¹¹³

Em face do que foi afirmado, um contra-senso seria o existir dos direitos fundamentais não acompanhados pelos respectivos meios assecuratórios. Todavia, caso isso venha a ocorrer, não se pode permitir que a fundamentalidade seja esvaziada, ou seja, os direitos fundamentais possuem validade ainda que desacompanhados dos meios aptos a garanti-los. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet "(...) pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível".¹¹⁴

¹¹¹ Ao final deste item sugere-se a leitura de alguns trabalhos com teses distintas da defendida neste.

¹¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 276.

¹¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 254-258.

¹¹⁴ Continua o autor: "Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao artigo 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos

Pela defesa ao Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, afasta-se veementemente toda e qualquer argumentação/ação tendenciosa a obstar a aplicação dos direitos fundamentais. Para tal, adota-se das palavras de Paulo Bonavides: “(...) se não elevar os direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania, não será Estado de Direito”.¹¹⁵

Por essa razão, é tarefa do legislador, do órgão jurisdicional, do governo e à administração concretizar os direitos fundamentais. Nas palavras de Flávia Piovesan: “Cabe, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora desse princípio”.¹¹⁶

Depois de feitas todas as considerações acima, por dever de precisão cumpre esclarecer e, até mesmo, refutar eventual discursos sobre o princípio da aplicabilidade imediata. Em primeiro lugar, não parece ser condizente com o constitucionalismo pátrio a tese de que o Constituinte foi além do que realmente desejava, que disse mais do que deveria dizer e, por essa razão o §1º do artigo 5º seria um dispositivo vazio, uma letra morta, vez que não seria apto a transformar normas constitucionais programáticas em dispositivos de eficácia constitucional plena. Além de ser posição por demais restritiva, soa também como tese de um alto grau de pessimismo, até porque, ainda que seja uma Constituição analítica, não há nada no texto constitucional de 1988 que não possua uma razão de ser.¹¹⁷

reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua formalidade formal no âmbito da Constituição”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 285.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. Do absolutismo ao constitucionalismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 567.

¹¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 90.

¹¹⁷ Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet: “Caso fôssemos aderir ao entendimento de que a norma contida no artigo 5º, §1º da CF não possui (nem pode possuir) a força de transformar uma norma incompleta e carente de concretização em direito imediatamente aplicável e plenamente eficaz, já que não há como contrariar a ‘natureza das coisas’, poderíamos, desde já, capitular diante da constatação e considerar o citado preceito como inexistente, ou, no mínimo, reconhecer que se cuida de fórmula destituída de conteúdo, visto que nada mais de pode fazer do que extrair da norma o que dela mesma é possível retirar. Neste caso, efetivamente não existiriam maiores diferenças entre os direitos fundamentais e os demais dispositivos da Constituição. Que esta posição extremamente simplista e – por que não dizer – pessimista não pode prosperar já resulta do simples fato da previsão expressa de dispositivo análogo ao artigo 5º, §1º, da CF em outras Constituições, a não ser que se parta

Por outro lado, pode existir o argumento de que o princípio da aplicabilidade imediata aplica-se a todos os direitos fundamentais, independentemente da necessidade (até mesmo quando existir expreso mandamento constitucional) de qualquer atividade integradora. Com o devido respeito, defender esta tese parece ser corrente necessária de cautela.¹¹⁸

Tendo em vista não ser o objetivo deste esgotar o tema sobre a aplicabilidade imediata, cumpre, ainda que em breves linhas, defender a posição na qual o artigo 5º, §1º da Constituição se trata de norma de conteúdo principiológico, ou seja, é um *mandado de otimização*, no qual a todos os órgãos do Estado possuem o dever de reconhecer e conferir a máxima eficácia aos direitos fundamentais.¹¹⁹

Conforme afirmado, além de polêmico, não se visa esgotar o assunto nessas breves linhas, mas, objetivamente, trazer posicionamentos e correntes diversas que apontem problemas e, também, eventuais soluções.¹²⁰

1.5.4. Os limites da reforma constitucional: os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas

Como a Constituição de 1988 foi o documento jurídico responsável por inaugurar um novo tempo na sociedade brasileira, tempo esse de redemocratização e da superação das idéias ditatoriais, justifica-se, entre outras razões, a forma pela qual os direitos e garantias fundamentais foram amplamente codificados, conforme já comentado acima. Nesses moldes, verifica-se, também, em

da premissa de que também estas nada mais fizeram do que criar preceito inócuo e desnecessário”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 283.

¹¹⁸ Explica-se que o presente trabalho não analisará os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, bem como assuntos ligados à reserva do possível. Sendo assim, sugere-se a leitura, dentre outros, de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 273 e ss.

¹¹⁹ Ibidem, p. 284. Há, nessa mesma linha, defensores como José Joaquim Gomes Canotilho e Flávia Piovesan.

¹²⁰ Além das obras já apontadas durante a exposição deste tema, sugere-se a leitura de: NETO, João Pedro Gebran. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002, p. 150 e ss; MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 65 e ss.

referência ao artigo 60, § 4º, inciso IV, que os direitos e garantias individuais, além da forma federativa de Estado, do voto direito, universal e periódico e da separação dos Poderes constituíram dispositivos imutáveis, ou seja, viverão enquanto a Constituição viver.

Alexandre Coutinho Pagliarini afirma que: “São as cláusulas pétreas responsáveis pela manutenção de um mínimo de perenidade constitucional, em conjunto com a rigidez que também caracteriza a Carta brasileira (...).”¹²¹

No momento em que se traz a discussão sobre os limites constitucionais ao poder de reforma por parte do Poder Constituinte Derivado, surgem inúmeras questões polêmicas.¹²² De imediato, ressalta-se que será concedida maior atenção aos embates eleitos como essenciais para o presente trabalho. Até porque, diante dos objetivos propostos, inviável seria buscar esgotar todo o tema.¹²³

Ao se comparar a Constituição de 1988 com as demais Cartas Magnas nacionais, pode-se verificar a inovação desta, vez que a tradição no direito brasileiro era o de considerar tão somente como cláusula pétrea a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado.¹²⁴ Ressalta-se, mais uma vez, que o fato do Constituinte ter insculpido os direitos fundamentais como uma condição de limite material que obsta à reforma constitucional é um indicador, dentre aqueles já mencionados, da fundamentalidade formal das normas que os ratificam.¹²⁵

¹²¹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79.

¹²² Sugere-se a leitura do texto de SOUZA DANTAS, Luís Rodolfo de. *Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas*. In: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez (organizadores). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 455-480.

¹²³ Por mais apaixonante que seja o tema sobre o Poder Constituinte (Originário e Derivado) não há possibilidade de qualquer aprofundamento nesse trabalho, razão pela qual se limita nessa nota a afirmar não só a limitabilidade do Poder Constituinte Originário (limitações extrajurídicas), como também e, principalmente, a limitação do Poder Constituinte Derivado que, nas lições de Maurício Andreiuolo Rodrigues afirma: “O Poder Constituinte Derivado é limitado desde o nascimento. Os limites ao poder de reformar a Constituição são endereçados ao Poder Constituinte Derivado, naturalmente. De modo que já não são mais extrajurídicos; mas propriamente jurídicos, diante da incontestável figuração do Poder Constituinte Derivado como poder subordinado ao direito positivado sob a forma de uma Constituição.” RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 88.

¹²⁴ A título de exemplo: artigo 90, § 4º da Constituição de 1891; artigo 178, § 5º da Constituição de 1934; artigo 51 da Constituição de 1967 etc.

¹²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet afirma: “A condição de ‘cláusula pétrea’, aliada ao postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada

Com base nas lições de Jorge Miranda, três são as teses principais sobre os limites materiais na reforma da Constituição, quais sejam: aqueles que as entendem como limites insuperáveis; os defensores da eficácia jurídica; e os que tomam apenas como relativos, ou seja, suscetíveis de remoção através de dupla revisão ou de duplo processo de revisão.¹²⁶

Há aqueles defensores do discurso que as cláusulas pétreas são apenas uma questão de crença, ou seja, não possuem condições de suportar momentos de crises institucionais.¹²⁷ Para os defensores dessa linha, as razões nas quais estariam fundadas o respectivo discurso seriam: 1) tanto o poder constituinte quanto o poder de revisão são expressões da soberania do poder constituinte, do povo e, no âmbito de uma democracia representativa, ambos são exercidos pelos representantes do povo; 2) inexistência de distinção entre normas constitucionais originárias e derivadas, pois todas estão inseridas no mesmo sistema normativo e gozam de idêntica hierarquia e eficácia jurídica; 3) os limites ao poder de reforma não impedirão a mudança caso seja a vontade efetiva do povo.¹²⁸

Outro ponto que precisa ser comentado, não tanto por sua importância construtiva para o Direito, mas, principalmente, por ser estruturado em um argumento malicioso diz respeito à dupla revisão, revisão bifásica ou processo de emenda em duas etapas.¹²⁹ Para essa corrente, as matérias revestidas pelo manto das cláusulas pétreas só poderiam ser abolidas mediante um processo duplo, qual seja: primeiramente far-se-ia a supressão da cláusula protetora, ou seja, implodiria-se o muro constitucional protetor do núcleo da Carta Magna para, após, esbulhar o constituinte originário e atingir o princípio (ou a regra) visada. Com o devido respeito aos que pensam dessa forma, a dupla revisão é uma fraude Constitucional mascarada, “(...) é o uso de artifícios que são incompatíveis com uma

na ordem constitucional pátria”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 428.

¹²⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 413.

¹²⁷ Nessa linha, destaca-se a lição de Jorge Reinaldo Vanossi, para o qual: “(...) antes de um problema jurídico, tratar-se-ia de uma questão de crença, a qual, como tal, não parece muito natural possa servir de fundamento para que a geração dos constituintes originários pretenda atar pelos séculos as mãos dos futuros constituintes reformadores (...)”. VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional – teoría constituyente – poder constituyente: fundacional, revolucionario; reformador*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975, p. 190.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 415.

¹²⁹ No Brasil, pode-se citar FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das “cláusulas pétreas”*. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 13. out/set. São Paulo, 1995, p. 03-10.

postura comprometida com a Constituição. Trata-se de verdadeira violação constitucional”.¹³⁰

Com a opção do constituinte originário, quer aceite ou não parte da doutrina, tem-se que a Constituição possui algumas normas impossíveis de sofrerem qualquer restrição, a não ser mediante a instalação de outra Assembléia Constituinte. Essas normas são as responsáveis por edificarem os limites materiais da reforma constitucional ou, simplesmente, denominadas de cláusulas pétreas.¹³¹ Nesse ponto, ao julgar uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), o Supremo Tribunal Federal reconheceu os limites materiais do poder de reforma constitucional, nos termos da Ementa: “Ação direta de inconstitucionalidade. Proposta de emenda à Constituição Federal. Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária. Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional (art.60, §4º, IV)”. Assim, nos termos do voto do relator, Ministro Celso de Mello, a Corte decidiu pela existência de um núcleo não suscetível à supressão por parte do Congresso Nacional:

(...) 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 de restrição de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma, conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático acaso desrespeitada, pode legitimar o controle

¹³⁰ Nesse sentido é o posicionamento de MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 84. Em complemento, nas lições de Eros Roberto Grau, há um caminho que não pode ser trilhado quando se busca interpretar um dispositivo legal: “(...) não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição.”

¹³¹ Dentre às cláusulas pétreas será objeto de análise tão somente o inciso IV, §4º do artigo 60: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”.

normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta da constitucionalidade.¹³²

Outro ponto relevante está no alcance da tutela existente no texto constitucional, precisamente quando se depara com a expressão *direitos e garantias individuais* (inciso IV, § 4º, artigo 60). Se fosse adotada a técnica utilizada na Constituição portuguesa talvez seria desnecessária toda a discussão aqui travada, pois, a contar do artigo 17 da CRP, o regime dos direitos, liberdades e garantias aplicam-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga. A isso, soma-se o disposto no artigo 288 da mesma Constituição, uma vez que este determina que as leis de revisão constitucional terão de respeitar não só os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mas também os direitos dos trabalhadores, dentre outros (alíneas *d* e *e*).

Porém, a partir de uma interpretação literal do dispositivo, excluídas estariam dessa proteção os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, uma vez que tão somente o artigo 5º (e respectivos incisos) seria tutelado. É por demais cristalina que a respectiva tese peca por interpretar a Constituição tão somente em sua literalidade. Explica-se: levando ao rigor esse pensamento, o mandado de segurança individual integraria as cláusulas pétreas, já o mandado de segurança coletivo não, vez que apensa os direitos e garantias *individuais* seriam objeto de tutela, não se inserindo a expressão direitos coletivos.¹³³

Entretanto, parece mais adequada a posição doutrinária embasada não na interpretação literal e restritiva, mas na interpretação sistêmica da Constituição, em que o manto das cláusulas pétreas se estenderia para os demais

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 466-91/DF. Rel Min. Celso de Mello. DJ 09/04/91.

¹³³ Assim afirma SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 428-429. Continua o autor a defender a inclusão dos direitos sociais no albergue do manto das cláusulas pétreas: “No direito pátrio, há quem sustente que os direitos sociais não podem, em hipótese alguma, ser considerados como integrando as ‘cláusulas pétreas’ da Constituição. (...) Tal concepção e todas aquelas que lhe podem ser equiparadas esbarram, contudo, nos seguintes argumentos: a) a Constituição brasileira não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos; b) os partidários de uma exegese conservadora e restritiva em regra partem da premissa de que todos os direitos sociais podem ser conceituados como direitos a prestações materiais estatais, quando, em verdade, já se demonstrou que boa parte dos direitos sociais são equiparáveis, no que diz com sua função precípua e estrutura jurídica, aos direitos de defesa; c) para além disso, relembramos que uma interpretação que limita o alcance das ‘cláusulas pétreas’ aos direitos fundamentais elencados no artigo 5º da CF acaba por excluir também os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, que igualmente não foram expressamente previstos no artigo 60, § 4º, inciso IV, de nossa Lei Fundamental”. p. 430.

direitos fundamentais.¹³⁴ Por mais simples que possa parecer, é preciso sempre lembrar que as cláusulas pétreas possuem a função primeira de proibir a destruição dos elementos mais essenciais da Carta Magna. A essência sonhada e materializada pelo Constituinte e, tão logo, pela sociedade brasileira não pode e não está à mercê de interesses políticos duvidosos, de práticas de politicagens e de conchavos abjetos.

Para que não pairasse qualquer dúvida, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre o tema. Nos termos da ADI 939 – DF, foi reconhecido que os direitos fundamentais vão para muito além dos direitos e garantias individuais. Assim manifestou o Ministro Mário Velloso:

Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. (...) É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. (...) O mundo evoluiu, e assim, também o Direito.¹³⁵

Outro ponto de grandes debates está voltado para o fato das cláusulas pétreas, como defendem alguns, submeter e, até mesmo, impedir o progresso das gerações supervenientes à Assembléia Nacional Constituinte. Com a devida atenção, o fato da Constituição elencar a forma federativa de Estado, a separação de poderes, o direito ao voto e os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas não veicula, por si só, o direito de autodeterminação das gerações futuras.¹³⁶

Uma Constituição democrática, como é a Constituição de 1988, quer seja em seu conteúdo, quer seja de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto apto a formar tradições com um início marcado na história. Dessa forma,

¹³⁴ Dentre os inúmeros autores ressalta-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 588 e ss.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Carlos Mário Velloso. ADI 939/DF, Tribunal Pleno. DJ 15/12/1993.

¹³⁶ Esse também é o entendimento de BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 170.

como afirma Jürgen Habermas: “Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição”.¹³⁷

Por outro lado, a depender a interpretação dada ao artigo 60, §4º da Constituição, corre-se o risco de impossibilitar toda e qualquer mudança no texto constitucional (interpretação excessivamente elástica), fato esse que exteriorizaria o chamado *governo dos mortos sobre os vivos*. Explica-se: ainda que o título II da Constituição (artigos 5º ao 17) goze de uma presunção de jusfundamentalidade, o constituinte reformador poderia, por exemplo, desconstitucionalizar o estatuto das inelegibilidades (artigo 14, §§4º ao 8º)?¹³⁸

A partir de uma interpretação (excessivamente) elástica a respectiva emenda constitucional seria inconstitucional, vez que teria afrontado o artigo 60, §4º, IV. Todavia, a partir de uma interpretação democrática, na qual não se inflacione a abrangência das cláusulas pétreas, a citada emenda constitucional seria perfeitamente possível. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, na definição concreta dos limites materiais ao poder de reforma não há como dispensar a aferição da “carga axiológica” da norma respectiva.¹³⁹ Sendo assim, seria necessário proceder ao exame das normas de direito formalmente fundamentais daquelas materialmente fundamentais. Em outras palavras, é possível defender a tese de que “(...) nem todo direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, previsto constitucionalmente, tem a natureza de direito fundamental”.¹⁴⁰ Leia-se: natureza de *direito materialmente fundamental*.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165. Assim, continua o citado autor: “Na linha dessa compreensão dinâmica da Constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e neta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, *a longo prazo*, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo”. Idem.

¹³⁸ Exemplo trazido na obra de BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 170.

¹³⁹ Voto proferido na ADI n. 939-DF, Tribunal Pleno, STF, RTJ 151.

¹⁴⁰ Diante disso: “Ora, se a atribuição da condição de cláusula pétrea a preceito normativo está condicionada à demonstração de que o mesmo se reconduz a direito materialmente fundamental, ou então, que se consubstancia em garantia fundamental à sua preservação, faz-se mister esboçar uma proposta de balizamento da atividade judicial de identificação desses direitos”. BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 211.

Em decorrência do afirmado acima, é possível admitir que a emenda constitucional que modifique um direito fundamental não será, necessariamente, inconstitucional. Tão logo, será constitucional a emenda que observar os chamados *limites dos limites*, quais sejam: o princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção do núcleo essencial.¹⁴¹ Caso não seja esse o entendimento, deve-se ressaltar para o risco de toda e qualquer modificação num direito fundamental ser declarada como inconstitucional, inviabilizando, por completo, qualquer avanço da Constituição para com a sociedade.

Por decorrência, ainda que o tema seja abordado no *Capítulo III*, pode-se afirmar que as cláusulas pétreas, tecnicamente, não tutelam o direito fundamental, mas, antes disso, o núcleo essencial deste direito fundamental. Pois, se assim não fosse, como já afirmado acima, toda restrição seria inconstitucional.

O regime das cláusulas pétreas, objetivamente à tutela dos direitos fundamentais é uma nota que confere a esses um status jurídico diferenciado. Sendo assim, uma vez que fazem parte de um núcleo constitucional vital,¹⁴² os direitos fundamentais necessitam de proteção, principalmente diante de discursos maliciosos que insistem em destruir a magna obra do constituinte originário e, tão logo, do povo brasileiro.¹⁴³

1.6. As funções específicas dos direitos fundamentais

¹⁴¹ Temática abordada com maior profundidade no *Capítulo II*. Rodrigo Brandão insere o princípio da clareza e da determinação das normas restritivas, a proibição de restrições casuísticas e o princípio da reserva de lei restritiva ao lado dos outros dois acima citados. *Ibidem*, p. 347.

¹⁴² Sobre esse assunto, afirma Maurício Andreiuolo Rodrigues: “Os limites materiais são, decerto, os que geram maior calor nos debates, pois que põem cabresto nas mentalidades suscetíveis a anseios imediatistas que induzem, equivocadamente, a julgamentos onde os fins justificam os meios. Não é por outro motivo que eles são o grande ponto de equilíbrio entre, de um lado, a manutenção do espírito constituinte originário e, de outro, a vontade volúvel das circunstâncias aparentemente adversas a ele”.

¹⁴³ Ainda que não seja objeto do presente estudo, sugestiona-se a leitura de MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003. RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 90 e ss.

Além do exposto, sabidamente, os direitos fundamentais desempenham uma gama de funções específicas,¹⁴⁴ quais sejam: funções de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.¹⁴⁵ Cumpre lembrar que essa classificação sofre variação conforme o doutrinador, pois, por exemplo, para José Carlos Vieira de Andrade os direitos de defesa, direitos de participação e direitos de prestações são separados conforme o conteúdo, ou mais exatamente, o modo pelo qual se opera a proteção.¹⁴⁶

1.6.1. Função de defesa (ou liberdade)

Conforme foi exposto na evolução das dimensões dos direitos fundamentais, tem-se que a primeira função desses direitos está na *proteção do*

¹⁴⁴ A título de alerta cumpre esclarecer que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais esteja vinculada com a função de defesa, assim como o aspecto objetivo esteja para com a função constitutiva dos direitos fundamentais. Explica-se a partir das lições de Jorge Reis Novais: “Nota-se, todavia, que a associação dos dois temas – dimensão subjetiva ou objetiva dos direitos fundamentais e funções dos direitos fundamentais – não deve fazer concluir por uma enganadora, mas comum, identificação entre o lado jurídico-subjetivo dos direitos fundamentais e a sua função de defesa, com a conseqüente identificação entre lado jurídico-objetivo e função constitutiva dos direitos fundamentais. Por um lado, a função de defesa que decorre da existência de direitos do indivíduo contra o Estado – associada, portanto, ao lado subjetivo – tem simultaneamente um conteúdo objetivo, já que a partir dela se constitui, reflexamente, uma esfera de autonomia da sociedade relativamente ao Estado. De fato, as normas de direito fundamentais, mesmo enquanto atribuem direitos subjetivos em sentido lato, constituem em simultâneo normas negativas de competência do Estado, porque proíbem objetivamente – ou só admitem sob certas condições – uma intervenção do Estado nas zonas por eles protegidas. Os direitos fundamentais não deixam, por tal fato, de continuar a ser direitos individuais, mas na medida em que, enquanto tal, garantem ao particular uma esfera livre de ação e decisão, subtraem ao Estado, objetivamente, a correspondente margem de atuação e isso independentemente de o indivíduo titular do direito o invocar ou não perante o Estado. Em contrapartida, existe nos conteúdos objetivos que decorrem da necessária observância, por parte do Estado, dos deveres que lhe são impostos pelas normas de direitos fundamentais, e consoante a natureza do direito fundamental em questão, tanto uma dimensão constitutiva e de fomento, quanto uma função de defesa contra atos do poder público.”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 72-73.

¹⁴⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 407-410.

¹⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 192. O citado autor não aborda a função de não discriminação e, ao invés da função de proteção em face de terceiros, trabalha com os direitos de participação, como sendo um misto entre os direitos de defesa e de direitos a prestação: garantia de participação na vida política.

*homem, da dignidade da pessoa humana perante as ações/omissões do Estado. Assim, a respectiva função limita o poder do Estado em face ao indivíduo.*¹⁴⁷

Com base nos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos fundamentais, ao exercerem a função de direitos de defesa dos cidadãos os fazem a partir de uma dupla perspectiva: 1) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, ou seja, tutela o indivíduo das ingerências estatais (plano jurídico-objetivo); 2) dessa forma, ao cidadão é autorizado o exercer positivamente dos direitos fundamentais, enquanto se exige a omissão dos poderes públicos para que, dessa forma, sejam evitadas as ações lesivas por parte destes. Assim, quando o cidadão materializa seus direitos fundamentais age com liberdade positiva, quando exige a omissão do poder público para afastar agressões desses, atua com a liberdade negativa.¹⁴⁸

Em síntese, são os direitos que evitam a ingerência do Estado sobre os bens jurídicos tutelados, como, por exemplo: liberdade, propriedade, manifestação do pensamento etc. O artigo 5º da Constituição Federal elenca diversos incisos sobre os direitos de defesa: liberdade de crença (inciso VI), sigilo das comunicações (inciso XII), liberdade de locomoção (inciso XV), vedação da pena de caráter perpétuo (inciso XLVII, alínea b), entre tantos outros.

1.6.2. Função prestacional

Na seqüência, têm-se os direitos sociais, ou seja, aqueles em que o cidadão busca *um agir, uma prestação do Estado*, seja na saúde, na educação, na previdência social, entre outros.

¹⁴⁷ Para Zulmar Fachin “a função de defesa ou de liberdade está relacionada com os direitos fundamentais de primeira dimensão. Observe-se, no entanto, que o direito fundamental de não ser torturado exerce dupla função: de um lado, a função de defesa ou de liberdade, exigindo abstenção do Estado, que não pode praticar tortura; de outro, exige a atuação do Estado, visto que este precisa agir para evitar que a tortura seja praticada”. In: FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 217.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 408.

A função prestacional vincula o poder público no ato de efetivar os ditames da democracia social. Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão objetiva, qual seja, a de obrigar os poderes públicos a desenvolverem políticas sociais ativas.¹⁴⁹ Para melhor explicar, essas políticas devem materializar meios através dos quais a sociedade terá a satisfação dos direitos sociais: criação de hospitais, escolas, prestação de serviços públicos, habitações, etc. Para José Carlos Vieira de Andrade, a função prestacional requer “(...) exigências de comportamentos estaduais positivos – embora a contraposição indivíduo-Estado não desapareça, esbate-se na medida em que os direitos não são, em si, direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado.”¹⁵⁰

Para Gilmar Mendes, os direitos prestacionais exigem do Estado um “agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos de promoção”.¹⁵¹ Os poderes públicos devem utilizar de seus mecanismos para promover o bem-estar, diminuir os índices de miséria, promover a educação, garantir a saúde para, dessa forma, possibilitar a satisfação das necessidades primárias de qualquer ser humano. Busca-se, em análise rasteira, a garantia do mínimo existencial para cada cidadão.

1.6.3. Função de proteção em face de terceiros

Na função de defesa o Estado, via de regra, deixa de agir para que, dessa forma, *não viole a esfera dos direitos e garantias do homem* e, na função prestacional o poder público atua para garantir a materialização dos respectivos direitos. Até aqui, percebe-se com clareza de que se trata do titular de um direito em relação (positiva ou negativa) com o Estado.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 408

¹⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 50.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 143.

Entretanto, na função de proteção em face de terceiros, não mais se discute a relação entre o próprio titular do direito fundamental e o Estado, mas entre o titular desse direito e demais membros da coletividade. Diante disso, surge para o Estado o dever de proteger o cidadão de seus pares. Por exemplo, no caso do direito à vida, enquanto que na função de defesa era o Estado que não poderia violá-lo, na função de proteção perante terceiros é o Estado que além de não violar o mencionado direito deve ir além, tutelando positivamente o titular contra as eventuais investidas de outros indivíduos. José Joaquim Gomes Canotilho defende: “Diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito e o Estado, mas entre o indivíduo e outros indivíduos.”¹⁵²

Um exemplo pertinente para os direitos de proteção em face do outro está, frente a um país como o Brasil, nos dramáticos casos do aumento da criminalidade, na crise da segurança pública que assola parte considerável dos Estados da Federação etc. Mais do que segurança em um conceito abstrato, precisa-se de proteção efetiva.

1.6.4. Função de não discriminação

A quarta função está ligada com o *não discriminar*, ou seja, tratar todos, indistintamente de sexo, religião, idade, orientação sexual de forma igualitária. Com base no princípio da igualdade e dos direitos positivados na Constituição, o Estado deve tratar todos os seus cidadãos de forma isonômica.¹⁵³

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal possui inúmeras decisões em que foi garantido e restabelecido o princípio da igualdade, em diversos temas: concursos públicos nos quais os limites de idade fixados não possuíam vinculações

¹⁵² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 409.

¹⁵³ Martín Borowski afirma: “Este hecho se contrapone al examen que se practica en relación con los derechos de igualdad, que siempre supone la comparación entre personas, grupos de personas o estados de cosas”. *de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 117.

com as atribuições do cargo, configurando discriminação inconstitucional; a reserva de vaga, em concurso público, aos portadores de necessidade especiais; casos de perseguição criminal, entre outros.¹⁵⁴

A não discriminação contribui diretamente para a construção de uma sociedade plural, na qual as diferenças possam se inter-relacionar de uma forma construtiva. O ser “diferente” não é sinônimo de ser relegado à marginalização; pelo contrário, o diálogo deve ser mantido e incentivado.

Tamanho é a importância dessa função que há a abrangência de todos os direitos. José Joaquim Gomes Canotilho explica: “Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais, como aos direitos de participação política, como ainda aos direitos dos trabalhadores. Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações(...)”¹⁵⁵

Dentre as quatro funções acima, elege-se a primeira (função de defesa) tendo em vista o intuito proposto.

1.7. A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais: um estudo das perspectivas objetiva e subjetiva

Por algum tempo os direitos fundamentais eram concebidos apenas a partir de uma perspectiva subjetiva, ou seja, identificavam-se quais eram as pretensões que o indivíduo poderia exigir em face Estado, com base no direito positivado.¹⁵⁶ Sem desprezar a citada perspectiva, cumpre ir além, ou seja, descerrar os novos efeitos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Nas palavras de Ernst-Wolfgang Böckenförde, a concepção atual dos direitos fundamentais possui uma dupla qualificação desses direitos, pois os direitos

¹⁵⁴ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 141357 / RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 14/09/2004; MS 26310 / DF. Rel. Min. Marco Aurélio. HC 90464 / RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 10/04/2007.

¹⁵⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 410.

¹⁵⁶ Sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, dentre outros, sugere-se: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 95-101.

fundamentais podem ser concebidos como direitos subjetivos de liberdade – dirigidos em face do Estado – e, também, como normas objetivas.¹⁵⁷

Abordar a perspectiva objetiva é de fundamental importância para o desenvolvimento desse trabalho, tendo em vista as ramificações, ou melhor, os reflexos que essa perspectiva produz no campo jurídico dos direitos fundamentais. Por evidente que não se almeja esgotar todo o tema, até mesmo diante da impossibilidade face ao objetivo proposto, razão pela qual se optou por traçar linhas gerais em que as características marcantes façam-se presentes.

Em que pese à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não ser tão explorada pela doutrina nacional em comparação com a perspectiva subjetiva, pode-se socorrer na doutrina estrangeira sobre o respectivo assunto.¹⁵⁸ Ressalta-se a notável importância do tema para não só os direitos fundamentais diante de uma teoria geral, mas em relação ao sistema de restrições. Nas palavras de Jorge Reis Novais: “(...) o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser assinalado, conjuntamente com a recepção do princípio da proporcionalidade, como a inovação mais produtiva na dogmática dos direitos fundamentais do pós-guerra”.¹⁵⁹

Antes de se adentrar ao tema propriamente, cumpre-se esclarecer alguns pontos. Inicialmente, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais também pode ser abordada por meio de outras expressões, como, por exemplo, *ordem objetiva de valores, sistema de valores, direitos fundamentais como normas objetivas*, entre outras. Contudo, para que se afaste qualquer possibilidade de

¹⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 95.

¹⁵⁸ No Brasil ressaltam-se os trabalhos desenvolvidos por: SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 254 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 166 e ss; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 128 e ss; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 481 e ss. entre outros. Na doutrina estrangeira têm-se: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 228 e ss; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 143 e ss; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 95 e ss. entre outros.

¹⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 66. O princípio da proporcionalidade será estudado no Capítulo III.

similitude entre termos (dimensões, gerações, aspecto etc.) adotar-se-á a expressão perspectiva objetiva (ou subjetiva, conforme o assunto). Segundo, justifica-se o estudo da perspectiva objetiva, no mínimo, por se perceber que o caráter duplo (objetivo e subjetivo) dos direitos fundamentais constitui uma das mais relevantes construções do direito constitucional contemporâneo, principalmente no campo dos mencionados direitos fundamentais.¹⁶⁰

Nesses termos, os direitos fundamentais não mais estão limitados à função única de serem direitos subjetivos na tutela do homem frente aos poderes públicos, mas, ao contrário, são também compreendidos como decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Carta Magna.¹⁶¹ Assim, os direitos fundamentais constituíram-se em um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes estatais, ou seja, exteriorizaram-se para além das garantias negativas dos interesses individuais.¹⁶² Nessa linha, Jorge Reis Novais defende que os direitos fundamentais passaram a ser considerados “(...) enquanto fundamentos da ordem jurídica da comunidade que impregnam todo o ordenamento jurídico e a ser reconhecidos enquanto diretivas para toda a atuação do poder político, designadamente do legislador”.¹⁶³

Em síntese, pode-se afirmar que a concepção atual dos direitos fundamentais traz consigo uma dupla qualificação, ou seja, os direitos fundamentais

¹⁶⁰ Nesse sentido é a afirmação de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 166.

¹⁶¹ Nas palavras de Jorge Reis Novais: “Mantendo ou reatando uma ligação à teoria dos valores de Weimar, desenvolve-se nos Estados sociais e democráticos de Direitos do pós-guerra, mesmo que difusamente, a noção de que, para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda a actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito (...) é possível retirar das normas de direitos fundamentais, mesmo daquelas que prevêm primariamente posições jurídicas subjectivas, conteúdos jurídicos des-subjectivizados, que se subtraem ao quadro da estrita relação Estado/indivíduo para reclamarem uma validade universal e que são próprios da qualidade dos direitos fundamentais enquanto *elementos objectivos fundamentais da ordem de Estado de direito democrático*”. Ibidem, p. 57-58.

¹⁶² PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Temas clave de la Constitución Española*. Los derechos fundamentales. 6. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 20. Afirma Walter Claudius Rothenburg: “Os direitos fundamentais não se resumem a um enfoque sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares: servem também para a construção de situações jurídico-objetivas que concorram ao atendimento das expectativas por eles fomentadas. Funcionam os direitos fundamentais como regras de definição (negativa: limitação) de competência – especialmente ao Estado – de implementar e desenvolver direitos fundamentais independentemente de pretensões individuais (‘direitos subjetivos’)”. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 30. Ano 8. São Paulo, jan/mar, 2000, p. 152.

¹⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 65-66.

são concebidos como direitos de liberdade, em que o titular desse direito o aponta para o Estado e, por outro lado, como normas objetivas de princípio e decisões axiológicas que possuem validade em todo o âmbito do Direito.¹⁶⁴

A justificativa pela qual se fala na dupla dimensão dos direitos fundamentais é assim explicada por Daniel Sarmento: “... porque estes constituem, simultaneamente, fontes de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo”.¹⁶⁵ O fundamento subjetivo está para com a norma que consagra um direito fundamental para o indivíduo, para o homem em si, atomizado; o fundamento objetivo volta-se para a norma que tutela o direito fundamental tendo em respeito não mais o ser, mas a coletividade, o interesse da sociedade na vida em conjunto.¹⁶⁶

É importante lembrar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não se resume apenas numa espécie de outro lado da moeda da perspectiva subjetiva. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet defende que: “A faceta subjetiva dos direitos fundamentais significa, isto sim, que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma que transcende esta perspectiva subjetiva”.¹⁶⁷

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais não mais serão concebidos apenas do ponto individual, atomizado no homem; ao contrário, valem juridicamente também perante a sociedade, como valores ou fins que esta se propõe a perseguir.¹⁶⁸ Assim, nas palavras de Konrad Hesse a dimensão objetiva seria: “as bases da ordem jurídica da coletividade”.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Essa é a lição de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 95. Ainda sobre esse tema, o autor afirma: “Los derechos fundamentales rigen hoy en la practica como principios supremos del Ordenamiento juridico en su conjunto, no solo em la relacion del individuo com el poder publico actuante en forma imperativa (...)”, p. 95.

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 254.

¹⁶⁶ Importante ressaltar que um direito pode receber a configuração de subjetivo ou de objetivo conforme o enfoque concedido, o caso concreto, ou seja, não há relação direta de exclusão entre um direito fundamental objetivo e o subjetivo.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 169.

¹⁶⁸ Essa é a lição de VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 145.

¹⁶⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 239.

Robert Alexy destaca que reconhecer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não traz desprezo à dimensão subjetiva, mas um reforço evidente àquela. Para o autor alemão, a dimensão objetiva além de complementar a subjetiva, ainda agrega-lhe a denominada mais valia.¹⁷⁰

Antes de se adentrar ao que vem a ser a mais valia, importa verificar qual é a distinção, no âmbito da perspectiva objetiva, apontada por Vieira de Andrade, qual seja: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como dimensão valorativa e como dimensão jurídica estrutural.

A dimensão valorativa traz o valor da solidariedade, ou seja, da responsabilidade comunitária do indivíduo: “descobre-se a dimensão participativa, incluindo no âmbito dos direitos as atuações individuais de caráter político; acentua-se a dimensão social, ao ligar a garantia do gozo dos direitos por todos à necessidade de uma intervenção coletiva reguladora e prestadora que crie as condições gerais do exercício efetivo”.¹⁷¹

Nesses termos, não mais se vislumbra os direitos fundamentais diante de um caráter absoluto, incondicional dos direitos individuais, mas pela possibilidade de restringi-lo para resguardar direitos e interesses da coletividade.¹⁷² Nessa relação, incumbe também aos poderes públicos o dever não só de respeitar os direitos fundamentais, mas de intervir para, quando necessário, ressalvá-los nos interesses da comunidade.¹⁷³ Dessa forma, tem-se razão em afirmar que existe nos direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado em que esse deve, continuamente, concretizá-los e realizá-los.¹⁷⁴ A dimensão objetiva enquanto expressão de valores comunitários revela a possibilidade de limitar, ou seja, relativizar os direitos individuais.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 508.

¹⁷¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 146.

¹⁷² Mais uma vez justifica-se a razão pela qual de se abordar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como se não bastasse, diante do tema sobre restrições, cumpre visualizar o *Capítulo II* desse trabalho.

¹⁷³ *Ibidem*. p. 148.

¹⁷⁴ Na literatura nacional ressaltam-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 172; além da coletânea organizada por SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2005.

Por sua vez, a dimensão jurídica estrutural surge como um complemento e suplemento daquela dimensão. Assim, ao invés de comprimir, a dimensão jurídica reforça e até mesmo amplia a influência dos direitos individuais no ordenamento jurídico.¹⁷⁵ Por essa razão, a dimensão estrutural é entendida como uma mais valia jurídica, nos termos afirmados acima.

Quanto à dimensão jurídica estrutural, o primeiro desdobramento é percebido por meio da eficácia irradiante. Como a própria expressão sugere, os valores existentes em cada direito fundamental são irradiados para todo o ordenamento jurídico, assim, desde a elaboração até o ato de interpretar e aplicar as normas há como se uma espécie de facho de luz que clareia toda a atividade. Ao aplicador do direito exige-se uma nova visualização das normas, agora embasada na dignidade da pessoa humana, no afastar da mera igualdade formal para aplicar a igualdade substancial, entre outras.

A Constituição recebe um status diferenciado, ou seja, todas as demais normas precisam estar em sintonia, harmonicamente ligadas com a Carta Magna. Desde o controle de constitucionalidade, até a aplicação mais simples da norma deve estar em compasso com a Constituição. Sobre a eficácia irradiante, ensina Clèmerson Merlin Clève que essa “... fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais emancipatórios adotados pela Carta Constitucional”.¹⁷⁶

A partir do dia 05 de outubro de 1988, cumpre ao operador do direito, inevitavelmente, reler todas as demais codificações vigentes e, mais que isso, aplicá-las nos termos e em inteligência à Constituição Federal. É, sobretudo, o ato de reinterpretar os institutos infraconstitucionais sob um olhar constitucional.¹⁷⁷

Por fim, utiliza-se da feliz lição de Daniel Sarmiento sobre uma relevante manifestação da eficácia irradiante dos direitos fundamentais:

¹⁷⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 161.

¹⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Teoria constitucional e o direito alternativo*. In: *Uma vida dedicada ao direito – estudos em homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

¹⁷⁷ Nesse aspecto BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23. Ainda sobre o tema: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2000.

(...) em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como a boa-fé, ordem pública, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais.¹⁷⁸

Associada à eficácia irradiante, surge a eficácia horizontal, ou seja, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada. Para Ernst-Wolfgang Böckenförde, a denominada eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais é um reflexo do efeito da irradiação.¹⁷⁹

Os direitos fundamentais, após vincularem os poderes públicos - chamada eficácia vertical - passaram a exercer influência também na denominada esfera jurídico-privada. Ou seja, nasce a eficácia vinculante entre os particulares. Por dever de delimitação, nesse ponto afastam-se todos os direitos fundamentais que, pela natureza, tenham por destinatário exclusivamente os órgãos estatais.

A partir das lições de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano, a dignidade da pessoa humana não pode sofrer restrição em sua proteção, independentemente da esfera: quer seja pública, quer seja privada. Para melhor explicar essa característica, vislumbram-se aquelas situações em que a diferença de poder econômico-social - entre particulares - aproxime-se da disparidade entre o poder do Estado perante o indivíduo. Nesses casos, não se autoriza o grande industrial a fazer o que bem entender com seu empregado, bem como não há autorização para que um diretor de escola privada negue-se a conceder os documentos ao aluno como forma de coagi-lo a quitar as mensalidades em atraso, por exemplo.¹⁸⁰

Não se pode permitir que a dignidade da pessoa humana sofra ingerências, ataques de toda ordem realizadas, por exemplo, entre os cônjuges. Ora, não se justifica o argumento de que o Estado, bem como a sociedade, nada tem

¹⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 284.

¹⁷⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 112

¹⁸⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serranos Nunes Junior. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110 e ss.

para com a relação, ainda que violenta, entre os particulares.¹⁸¹ Nesse sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde afirma que o valor central do efeito da irradiação é a observância da dignidade humana, vez que se impõe, de maneira universal, também nas relações entre os particulares (e não somente quando o particular se está de frente para com o Estado).¹⁸²

Após demonstrar os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, importa adentrar no estudo da perspectiva subjetiva. Primeiramente, por mais interessante que seja, adverte-se que não se adentrará ao debate em torno da conceituação de direito subjetivo, vez que se estaria adentrando em uma localidade não buscada por esse trabalho.

Ao se falar em direitos fundamentais na categoria de direitos subjetivos deve-se ter em mente a possibilidade do titular desse direito opô-lo judicialmente perante terceiro, quer seja outro particular ou, até mesmo, o Estado. Konrad Hesse afirma que os direitos subjetivos são “(...) direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão”.¹⁸³

Nessa linha, afirma Martin Borowski que a característica dos direitos subjetivos está na possibilidade do seu titular buscar efetivá-los perante os tribunais.¹⁸⁴ Em complemento, Ernst-Wolfgang Böckenförde afirma, quanto a concepção inicial, que os direitos fundamentais eram considerados como garantias subjetivas de liberdade frente ao Estado, principalmente em face do Poder Executivo.¹⁸⁵

Vieira de Andrade afirma que os direitos fundamentais (direito subjetivo fundamental) são individuais, universais e permanentes e fundamentais.

¹⁸¹ Sarlet justifica o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais no momento em que considera: “(...) no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 401.

¹⁸² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 112.

¹⁸³ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 232.

¹⁸⁴ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 42.

¹⁸⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 96.

São individuais devido a possibilidade de se referirem a um só homem.¹⁸⁶ São universais e permanentes, pois os direitos fundamentais são direitos de igualdade, gerais, e não privilégios de alguns. Dessa forma, são direitos atribuídos aos homens, todos os homens, por serem humanos, não dependendo de qualquer condição temporal. Por fim, os direitos são fundamentais tendo em vista a fundamentalidade material, ou seja, aquela que corresponde a salvaguarda da dignidade humana em determinado tempo e lugar. Por essa razão, os direitos formalmente inscritos na Constituição devem presumir-se, salvo prova em contrário, direitos fundamentais do ponto de vista material.¹⁸⁷

Em que pese a afirmação alhures de que não há uma relação de exclusão entre os direitos fundamentais de perspectiva objetiva e subjetiva, a doutrina, tanto pátria quanto estrangeira, sustenta a prevalência da perspectiva subjetiva em face da objetiva.¹⁸⁸ Isso ocorre por algumas razões, dentre as quais cumpre apontar os comentários de Ingo Wolfgang Sarlet, ao citar Robert Alexy. Primeiro, a finalidade primeira dos direitos fundamentais está na proteção do indivíduo, não na coletividade. Segundo, o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.¹⁸⁹ Em reforço a essa compreensão, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que, em primeira linha, os direitos fundamentais são direitos individuais, o que sugere a constatação de que, uma vez constitucionalmente protegidos como direitos individuais, tal proteção será sob a forma de direito subjetivo.¹⁹⁰

Em face dos objetivos desse trabalho, de fundamental importância será a compreensão dos direitos fundamentais como um todo, ou seja, sem a pré-

¹⁸⁶ Nesse ponto, Vieira de Andrade esclarece: “Em rigor, só os indivíduos poderiam ser titulares de direitos fundamentais, pois a dignidade humana que os fundamenta só vale para as pessoas físicas (pessoas humanas) e não para as pessoas jurídicas ou coletivas. Porém, há algumas compressões ou mesmo limitações em relação a este elemento, que resultam dos direitos de exercício coletivo e dos direitos das pessoas coletivas” *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 173-174.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 171-186.

¹⁸⁸ Conforme Ernst-Wolfgang Böckenförde: “El contenido jurídico-objetivo que lês há sido reconocido a los derechos fundamentales a través del desarrollo expuesto no há absorbido al contenido jurídico-subjetivo tradicional.” In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 117.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 181.

¹⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 547.

análise excludente ora da perspectiva objetiva pela subjetiva ou ao contrário. Todavia, é evidente que em alguns momentos será conferida maior relevo a uma em detrimento da outra, fato esse que não exterioriza qualquer preferência, senão uma simples questão metodológica.¹⁹¹

1.8. As normas de direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios

Em primeiro plano, ressalta-se que o presente trabalho não visa esgotar todo o debate envolvendo a distinção entre regras e princípios.¹⁹² Todavia, a depender do caminho e das conclusões deste item os reflexos serão imediatos, como: âmbito de proteção de cada direito fundamental, delimitação do que vem a ser o conteúdo essencial desses direitos, aspectos no tocante à solução do caso concreto e da escolha entre a teoria interna e a teoria externa, entre outros.

Tendo em vista não só quanto à própria *teoria dos princípios*, mas principalmente a utilização desta em face do estudo das limitações dos direitos fundamentais, imprescindível é a análise de qual base teórica adotar. Antecipa-se que este trabalho filia-se à tese de que a distinção entre regras e princípios é uma (das) chave (s) para a solução dos embates centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Ou seja, compreender a distinção entre regras e princípios de direitos fundamentais possibilitará ao operador do Direito solucionar o caso concreto aplicando, por exemplo, a lógica da colisão.¹⁹³ Nas palavras de Robert Alexy, a

¹⁹¹ Tanto é verdadeira a afirmação que, na parte final desse trabalho será analisado o julgamento conhecido como Caso Ellwanger, em que há nítida exteriorização das perspectivas (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais.

¹⁹² Ainda que não esteja nos objetivos (diretos) deste a elaboração de um trabalho exclusivo sobre o tema *regras e princípios*, não se poderia deixar de mencionar a obra de Humberto Bergman Ávila, qual seja, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Sobre o tema, cumpre também apontar a obra de Virgílio Afonso da Silva, qual seja, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 56 e ss., como um contra-ponto às teses defendidas por Humberto Bergman Ávila.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 81. Nesse sentido afirma o autor: “Para la teoría de los derechos fundamentales, la más importante es lá distinción entre reglas y principios. Ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos

diferenciação entre regras e princípios é “(...) um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”¹⁹⁴

Como já determinado pelo título deste item, também não se construirá um estudo da norma jurídica em sentido amplo, mas da norma de direito fundamental. Sendo assim, afasta-se da análise da norma em sentido geral para adentrar nas peculiaridades, objetivamente quanto às diferenças entre normas – regras e princípios – de direitos fundamentais.

Inúmeras são as classificações sobre as distinções entre as regras e os princípios. Dessa forma, não se vislumbra afirmar qual é a mais adequada; ao contrário, busca-se colher aquilo que há de mais importante na doutrina para, ao final, estabelecer os critérios (úteis) diferenciadores para o presente trabalho.¹⁹⁵

Diante de um sistema normativo de regras e princípios, as normas tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.¹⁹⁶ Nesses termos, afirma-se: regras e princípios são duas espécies filiais de um mesmo gênero, a norma jurídica.¹⁹⁷ Assim o é, pois tanto as regras quanto os princípios são normas que ditam o que *deve ser*.¹⁹⁸ Em conseqüência, distinguir entre regras e princípios é fazer uma diferenciação entre tipos de normas.

Em segundo, tem-se que ao reconhecer a natureza jurídica dos princípios afasta-se toda e qualquer tentativa de caracterizá-los como meros

fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colision y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales em el sistema jurídico.”

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 82.

¹⁹⁵ Ao abordar o tema, Virgílio Afonso da Silva afirma: “Há autores que sustentam que entre *regras e princípios* há uma diferença de grau. A partir dessa idéia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 44

¹⁹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1145.

¹⁹⁷ Nas palavras de Walter Claudius Rothenburg: “(...) mister se faz render homenagem ao muito que todos – princípios como regras – têm em comum, é dizer, do caráter normativo de ambos, a fazê-los espécies filiais de um mesmo gênero: a norma jurídica.” In: *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 15. Nesse sentido é a afirmação de Robert Alexy sobre a distinção entre regras e princípios, vez que se opera uma diferenciação entre dois tipos de normas. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 83.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 83.

apontamentos românticos, meras sugestões que não trariam qualquer dever de respeito objetivo por parte dos Poderes republicanos, entre outros.¹⁹⁹

Superados os comentários acima, adentram-se nos critérios (iniciais) propostos para a respectiva distinção, quais sejam: a *generalidade*, a *vagueza* e a *plasticidade*.²⁰⁰ Tem-se na *generalidade* o primeiro, ou seja, entende-se que os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais elevado do que as regras.²⁰¹ Assim afirma Willis Santiago Guerra Filho: “Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade e abstração do que a mais geral e abstrata das regras.”²⁰² Para melhor compreensão, a Constituição determina, dentro do rol dos direitos políticos, ser o alistamento eleitoral e o voto obrigatórios para os maiores de dezoito anos. Ora, não há qualquer razão a levantar quanto a obrigatoriedade do cidadão com dezoito, ou mais anos, votar. Assim, o artigo 14, §1º, I, é nitidamente uma regra.

Outro critério diferenciador é a *vagueza*, ou seja, os princípios são possuidores de “(...) uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico.”²⁰³ Como

¹⁹⁹ Para Walter Claudius Rothenburg: “O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de caracterizá-los como meras diretivas, a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica ‘mitificadora’ e enganosa, freqüentemente empregada para os princípios.”. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 81-82. Luís Roberto Barroso afirma que: “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350.

²⁰⁰ Nesse primeiro momento o estudo ficará voltado para a distinção fraca entre regras e princípios para, posteriormente, adentrar no que é de essencial para o presente trabalho.

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 83.

²⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. In: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez (organizadores). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 394.

²⁰³ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 18. Inúmeros são os doutrinadores que apontam a imprecisão como uma vantagem dos princípios, dentre eles: Cármen Lúcia Rocha: “A indeterminação dos conceitos havidos nas normas que expressam princípios permitem que estes sejam interpretados segundo o momento histórico e sua ambiência em dado local e segundo a disposição ideológica do povo pelo qual é aceito e assumido juridicamente. Assim, a não determinação dos conceitos pelos quais se apresentam os princípios constitucionais permitem a construção e a atualização do Direito, pela determinação permanente e engajada dos conteúdos nele inseridos quando da aplicação da norma na qual eles se apresentam.” In: *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 36.

mera nota ilustrativa, tem-se na dignidade da pessoa humana o fundamento nuclear tanto para os defensores quanto aos opositores de inúmeros casos concretos. Para citar os mais recentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal: o caso do feto anencéfalo e o crime de aborto,²⁰⁴ a utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia²⁰⁵, dentre outros.

Da vagueza e da generalidade decorre a *plasticidade*. Os princípios jurídicos possuem a capacidade de amoldarem-se às diferentes situações cotidianas, possibilitando um caminhar ao lado da evolução social.²⁰⁶ Essa plasticidade pode ser exteriorizada como a capacidade que os princípios possuem de, conforme a situação em tela, ainda que inexistam regras para a solução do respectivo caso, contribuir para a solução. Além do que, é através dos princípios, das janelas abertas de interpretações que se permite uma evolução da norma jurídica sem, necessariamente, o advento de inúmeras reformas legislativas.

Deve-se também levar em consideração que a norma de direito fundamental possui uma natureza peculiar, ou seja, uma vez que esteja voltada para a transformação das expressões dos direitos humanos em Direito Constitucional positivo, passa a estar focada não apenas nos fatos, mas em referência direta aos valores.²⁰⁷ Nesse contexto, no campo do Direito, Willis Santiago Guerra Filho afirma: “(...) vem-se elaborando a diferença entre normas que são ‘regras’ e as que são ‘princípios’, sendo entre essas últimas que se situam as normas de direitos fundamentais”.²⁰⁸ Nesse mesmo sentido, Martin Borowski afirma que na relação dos direitos fundamentais como regras e princípios: “O centro da investigação estrutural

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 / DF. Rel. Min. Marco Aurélio.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510 / DF. DJ 29.05.2008 Rel Min. Carlos Britto.

²⁰⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 21.

²⁰⁷ Essa é a afirmação de Vítor Hugo Nícastro Honesko: “(...) as normas de direitos fundamentais são expressões dos direitos humanos transformados em Direito Constitucional positivo, fazem referência direta a valores, não a fatos.” HONESKO, Vítor Hugo Nicastro. *A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 117.

²⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. In: *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez (organizadores). São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 394. Nesse mesmo sentido afirma o autor que a norma de direito fundamental: “(...) tem natureza deontológica de princípio (...)”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A norma de direito fundamental e o direito tributário*. In: *Direito tributário: estudos em homenagem a Hugo de Brito Machado*. FALCÃO, Raimundo Bezerra; OLIVEIRA, Maria Alessandra Brasileiro de (organizadores). Fortaleza: Imprensa da Universidade Federal do Ceará, 2003, p. 315. Adianta-se que é embasado nessa afirmação que se seguirá ao estudo dos sistemas de restrições, bem como na análise do princípio da proporcionalidade.

se encontra na tese de que as normas de direito fundamental são normas de princípio.”²⁰⁹

Superados os pontos elementares, relevantes para uma compreensão inicial da temática em tela, cumpre enfrentar os critérios (fortes) sobre o tema, quais sejam: os princípios como garantidores de direitos *prima facie*, a concepção do princípio como *mandado de otimização* e, tão logo, os conflitos normativos decorrentes.

Uma nota marcante na diferenciação entre as regras e os princípios está na estrutura dos direitos que cada uma dessas normas garantem. As regras determinam direitos (ou impõem deveres) definitivos, já os princípios estabelecem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*.²¹⁰ Explica-se: caso um direito seja garantido por uma norma com estrutura de regra este direito deverá ser aplicado totalmente, a partir do momento em que a respectiva regra incida no caso concreto. Por outro lado, em se tratando de um direito garantido por uma norma com estrutura de princípio não se parece adequado afirmar que o mencionado direito realizar-se-á, sempre, de forma total; ao contrário, inúmeros são os casos em que há uma aplicação parcial. Por essa razão, Virgílio Afonso da Silva afirma: “No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. (...) no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.”²¹¹

Sendo assim, os princípios sempre trarão consigo uma ordem que algo deve ser realizado na maior medida possível, sempre tendo em vista a situação do caso concreto (possibilidades fáticas e jurídicas). Não são ordens definitivas, mas tão somente *prima facie*.²¹²

Em decorrência, no que diz respeito à concepção de princípios como *mandamentos de otimização*, tem-se os princípios como “(...) normas que ordenam algo a ser realizado na maior medida possível, respeitadas as possibilidades

²⁰⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 47.

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 45.

²¹¹ *Idem*.

²¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 99.

jurídicas e fáticas existentes.”²¹³ Dessa forma, por ser uma ordem de otimização, o princípio pode ser cumprido em diferente grau, conforme o caso concreto. Nesse contexto, o princípio admite que, diante do caso concreto, ceda para que outro princípio ali atue, sem com isso afetar o próprio conteúdo. Em resumo, ao contrário do que ocorre com as regras, os princípios podem perfeitamente serem realizados em diversos graus.²¹⁴

Ao comparar as duas espécies do gênero norma, Robert Alexy afirma que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são caracterizados pelo fato de que podem ser materializados em diversos graus, ao contrário das regras que possuem determinações para certa medida de cumprimento. Dessa forma, a diferença entre princípios e regras não é uma diferença de grau, mas qualitativa.²¹⁵ Desta afirmação extrai-se a seguinte relação: a colisão de princípios requer uma dimensão de peso; o conflito entre regras uma dimensão de validade.

Nota-se que diante de um caso de colisão entre princípios, estes sobrevivem intactos, mesmo que não venham a prevalecer no caso concreto. Quando entram em rota de colisão, interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula em absoluto. Forma-se um sistema de pesos, ou seja, naquele caso concreto determinado, o princípio de maior peso será preponderante sobre os demais.²¹⁶ Isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que este tenha que receber uma cláusula de exceção.²¹⁷

Nessa linha de raciocínio, adota-se a denominada *relação de precedência condicionada*. Ou seja, há uma determinação na relação de precedência condicionada na qual, conforme o caso concreto, indicam-se as condições as quais um princípio precederá o outro. Conforme estas condições (e tão logo o caso concreto), a questão da precedência poderá ser solucionada de outra forma.²¹⁸ Um exemplo clássico está na colisão entre o direito de liberdade de

²¹³ Ibidem, p. 86.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 46.

²¹⁵ Ibidem, p. 86-87.

²¹⁶ Ibidem, p. 89.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Ibidem, p. 92.

imprensa e o direito de privacidade das pessoas. Não se pode declarar a validade de um em detrimento (pleno e absoluto) do outro. Mas, conforme o caso concreto, pode vir a prevalecer o direito de liberdade de imprensa ou o direito de privacidade, tudo a depender das condições do caso em estudo.

Nesses termos, Robert Alexy desenvolve o célebre esquema “(P¹ P²) C.” Ou seja, nos casos que dois princípios P¹ e P² vierem a colidir, o princípio P¹ prevalecerá (P – sendo este o símbolo para a relação de precedência condicionada) sobre o princípio P² naquele determinado caso C. Todavia, em outro caso C², nada impede que P² prevaleça sobre P¹, em que a fórmula passe a ser: (P² P¹) C². De toda essa simbologia fica evidente que não se pode estabelecer qual princípio prevalecerá em relação a outro de forma abstrata, pois a relação de precedência é sempre condicionada ao caso concreto.²¹⁹

Em contrário, as normas só podem ser cumpridas mediante o tudo ou nada.²²⁰ Assim, para as regras só é válida a possibilidade de ser aplicada (integralmente) ou rechaçada.²²¹ Em outras palavras, uma vez que os fatos previstos na regra ocorram, a regra deverá incidir automaticamente. Basicamente, a aplicação da regra ocorre mediante a subsunção. Uma norma vale ou não vale no campo jurídico. Robert Alexy ensina que mediante um conflito entre regras a solução passa pela inclusão da cláusula de exceção que elimine o conflito ou declare a invalidade de, no mínimo, uma delas. Assim, o conceito de validade jurídica não é suscetível à graduação.²²² A regra não pode ser “mais ou menos” válida.²²³

²¹⁹ Ibidem, p. 94-95.

²²⁰ Explica-se: “As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e, tão logo, em nada contribui para a decisão.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. A aplicação mediante o tudo-ou-nada é melhor visualizada através das regras de um jogo, por exemplo. No beisebol, há uma regra que estipula: se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. De modo racional, um juiz não pode reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não estará eliminado.

²²¹ Nesse sentido também é a afirmação de Robert Alexy, para o qual as regras possuem a natureza de comandos definitivos, ou seja, necessariamente devem ser aplicadas, uma vez que a hipótese de incidência se realize no mundo fático. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86-87.

²²² Ibidem, p. 88.

²²³ Apenas para demonstrar que os posicionamentos sobre as regras e os princípios e, tão logo, os respectivos reflexos são passíveis de outras construções doutrinárias, volta-se para os escritos de BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355.

Para este trabalho, a norma de direito fundamental é, essencialmente, uma norma de princípio. Tão logo, adota-se a concepção do *mandado de otimização* e, por decorrência, aberto está o caminho para se compreender e solucionar os casos de colisão entre direitos fundamentais. Explica-se: do conflito entre dois ou mais direitos fundamentais não existirá exclusão, do ordenamento jurídico, daquele que, no caso concreto, cedeu para a preponderância do outro. Ao contrário, deverá o operador do direito buscar uma solução de menor sacrifício, ou seja, o princípio ordenará que algo deva ser realizado na maior medida possível. Quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder para o outro. Dessa forma, os critérios clássicos de resolução de conflitos (cronológico, hierárquico e da especialidade) não estarão aptos a pacificar as colisões entre princípios. Para tal questão, surge um método específico, qual seja a ponderação de interesses.²²⁴

Cumprido esclarecer o entendimento sobre o vocábulo *princípio* como sendo um mandamento de otimização, uma norma garantidora de direito (ou de deveres) *prima facie*. Em relação às regras, estas deverão ser compreendidas em

No tocante ao tema da ponderação, o citado autor desenvolve um interessante comentário. Atualmente, já se discute não só a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios, mas, também, a possibilidade das regras serem ponderadas. Para melhor explicar, o princípio da dignidade da pessoa humana (por exemplo) apresenta um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, ou seja, aplicação biunivocamente. Nesse sentido BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 191 e ss. Há, também, situação em que a regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção de um comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28 e ss. O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 7.703-PE considerou a hipótese de ponderação de uma regra. Explica-se: um determinado Município, em flagrante desrespeito à regra constitucional de contratação pela Administração Pública mediante concurso público, contratou um garí por cerca de nove meses. Em momento posterior, o citado garí ingressou com uma ação na justiça trabalhista reivindicando uma gama de direitos. A reclamação foi julgada improcedente, vez que o magistrado trabalhista acolheu a argumentação do Município que se embasava na nulidade da relação, tendo em vista a ausência do concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público. Por sua vez, essa Instituição ingressou com a ação penal para buscar a responsabilização da ex-prefeita. Todavia, o STF considerou que o fato era insignificante, ou seja, entendeu a Corte que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no artigo 1º do Decreto-Lei n.º 2000/67 não havia sido afetada, determinando o trancamento da ação penal em tela.

²²⁴ Por mais que a ponderação de interesses, também denominada ponderação dos direitos e bens constitucionais envolvidos, será abordada com maior profundidade nos capítulos seguintes, cumpre demonstrar as palavras de Edilson Pereira de Farias: “A colisão de direitos igualmente valiosos – os quais podem ser expressos através de princípios – é resolvida com base no método da *ponderação dos direitos e bens constitucionais envolvidos*, evitando-se sempre o sacrifício completo de algum, na solução do caso concreto, deve-se restringir o mínimo possível os direitos em pugna (...)” FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 19

contraposição aos princípios, tão logo, normas que estabeleçam direitos (ou deveres) definitivos.²²⁵

Ao término desse item, cumpre lembrar algumas notas conclusivas: 1) os princípios são mandatos de otimização, ou seja, são caracterizados pelo fato de que podem ser materializados em diversos graus, conforme o caso em estudo; 2) já, as regras, possuem determinações para certa medida de cumprimento; 3) a norma de direito fundamental é, essencialmente, uma norma de princípio; 4) do conflito entre dois ou mais direitos fundamentais não existirá exclusão, do ordenamento jurídico, daquele que, no caso concreto, cedeu para a preponderância do outro.

Cumpridas as análises sobre os pontos principais sobre os direitos fundamentais diante de um regime jurídico geral, naquilo que diz respeito aos objetivos deste estudo, adentra-se ao *Capítulo II*, ou seja, ao sistema de restrições dos direitos fundamentais.

²²⁵ Assim afirma Robert Alexy: “Los principios son siempre *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, *razones definitivas*.” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 101.

Capítulo 2 – O sistema de restrições dos direitos fundamentais

2.1. Considerações sobre a limitação dos direitos fundamentais

A limitação dos direitos fundamentais é um dos temas centrais não só da dogmática dos ora citados, mas, também, do próprio direito constitucional. Assim, compreender o sistema das restrições é tarefa de essencial importância.²²⁶ Dessa forma, após analisar o regime jurídico geral dos direitos fundamentais (Capítulo I), cumpre adentrar no campo das restrições.²²⁷

Ressalta-se, também, que o exercício dos direitos fundamentais individuais (imediatamente aos de liberdade) será objeto de análise direta; todavia, esclarece-se pela possibilidade de outros direitos serem verificados, ainda que de

²²⁶ Nesse sentido, na doutrina brasileira, MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 294.

²²⁷ Nas lições de Norberto Bobbio: “Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 40.

forma reflexa, no decorrer deste capítulo. Como se não bastassem os problemas envolvidos nesse tema, soma-se ainda a existência de uma sociedade em que as relações intersubjetivas são cada vez mais complexas e intensas, nos quais os conflitos surgem a todo o momento e, na maioria das vezes, caberá ao Poder Judiciário solucioná-los.

Diante desse contexto, mais do que estudar os direitos fundamentais, busca-se aprofundar a análise no que diz respeito ao sistema de restrições destes direitos, abordando as diversas formas pelas quais se manifestam na ordem constitucional.

É no rol dos direitos individuais de liberdade que se perceberá uma vasta gama de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Frequentemente forma-se uma relação de tensão entre direitos à liberdade de expressão e os direitos à imagem, a vida privada, e a intimidade; à liberdade de criação e manifestação do pensamento artístico e o direito à honra; à liberdade e a integridade física em face do direito de reconhecimento da paternidade, entre tantos outros. No presente trabalho, quando ocorrer atrito entre os direitos fundamentais, com base na aplicação tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, utilizar-se-á da expressão *colisão de direitos fundamentais*.²²⁸

Por precisão, ainda que possa ser apontado como um zelo exagerado, etimologicamente, há uma diferença de perspectiva entre *restrição* e *limite*. Veja-se: *restrição* (do latim *restringere*) traz em si a idéia de suprimir, diminuir algo; já *limite* (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem, em si, o sentido de fronteira. Em outras palavras, enquanto a *restrição* possa traduzir a idéia de intervenção, o ato de limitar pode, dentre outros sentidos, apenas transmitir uma idéia de imposição de fronteira, estabelecimento de contornos que, não necessariamente, seja a imposição de uma *restrição*.²²⁹ É bem verdade que há a possibilidade de ao se limitar, a depender do caso concreto, realizar, também, uma *restrição*, porém isto não pode ser visto em termos absolutos. Desde já se faz a ressalva que, a depender do

²²⁸ Assim é a afirmativa de STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 20.

²²⁹ Nesse sentido pode-se esclarecer com as lições de NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 155.

momento, para este trabalho, limitar poderá ser compreendido tanto como restrição quanto como delimitação de fronteira.

Além da questão acima, é importante esclarecer que os limites aqui considerados são e serão, tão somente, os limites jurídicos. Ou seja, não será analisada qualquer concepção social ou econômica.²³⁰ Em outras palavras, por mais dramática que sejam as estatísticas quanto ao analfabetismo, a ausência de postos de trabalho, à falta de moradia, a condição de miserabilidade que parte significativa da população brasileira está submetida e, por óbvio, os inúmeras obstáculos que todo esse contexto trazem a efetividade e ao exercício pleno dos direitos fundamentais, o presente trabalho estará debruçado tão somente no tocante às restrições de cunho eminentemente jurídica.

Após os comentários e ressalvas acima, adentra-se à noção de restrição a partir da seguinte pergunta: todos os direitos fundamentais são limitados?

2.2. A (i)limitabilidade dos direitos fundamentais: uma salutar reflexão

Trazer a afirmação de que os direitos fundamentais são limitados, não-absolutos, parece ser um lugar comum nos mais diversos manuais de direito constitucional. Conforme já apontado durante este trabalho, os direitos fundamentais são, em tese, direitos passíveis de sofrerem restrições. Entretanto, isso não quer dizer que a restrição aos direitos fundamentais seja considerada e compreendida como a regra, pois, se assim fosse, todo o sistema desses direitos seria relativizado e, por conseguinte, a própria Constituição correria o risco de ser destruída.²³¹

O presente trabalho, no que diz respeito a esse entendimento, caminha na trilha de José Carlos Vieira de Andrade, para o qual, por mais que a restrição seja uma necessidade em razão da manutenção da unidade constitucional e da harmonização dos bens e valores tutelados, toda e qualquer atividade

²³⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. p. 315.

²³¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 38.

legislativa que vise suprimir o âmbito de eficácia de um direito fundamental deverá ser pautada no *princípio da excepcionalidade da restrição*.²³²

Feitas as devidas considerações e, mais uma vez, exteriorizando e confirmando a posição de defesa dos direitos fundamentais, mais uma dúvida precisa ser esclarecida, qual seja: todos os direitos fundamentais podem sofrer limitações?

Inicialmente, pode-se afirmar que inúmeros são os pontos que justificam a característica da limitabilidade desses. Primeiro, o homem vive e convive com seus pares, convive em sociedade, razão pela qual os direitos/deveres de cada um precisam estar em harmonia para com os deveres/direitos de todos os outros membros dessa coletividade. Sendo assim, se os homens convivem, os direitos também, razão pela qual a delimitação mútua faz-se imprescindível.²³³

A própria dogmática constitucional faz com que os direitos fundamentais passem a ser relativos, pois, uma vez positivados, os limites passam a ser inevitáveis, além do que o direito fundamental acaba por encontrar seu próprio limite no momento em que se encerra seu alcance material.²³⁴ Por fim, como já explicado no Capítulo I, os direitos fundamentais possuem a chamada dupla dimensão, quais sejam: dimensão objetiva e subjetiva; estando em alguns momentos na razão de ser do indivíduo e, em outros, com a concepção de direitos a uma idéia de responsabilidade social integrada na gama de valores comunitários.²³⁵

Inúmeros são os doutrinadores que afirmam pela limitabilidade dos direitos fundamentais. Robert Alexy afirma que o conceito de restrição a um determinado direito é noção familiar, ou seja, não problemática, quase que trivial.²³⁶

²³² ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 232. Se assim não o fosse, ou seja, se a restrição estivesse como a regra do sistema, nada restaria da própria Constituição, quanto mais dos direitos fundamentais.

²³³ Nas palavras de Wilson Steinmetz: “(...) se os homens coexistem, então os direitos também coexistem, co-determinam-se e se co-limitam.”. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 17.

²³⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 251.

²³⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 212.

²³⁶ Assim afirma o autor: “El concepto de restricción de um derecho nos parece familiar y no problemático. Que los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados parece ser um conocimiento evidente y hasta trivial que em la Ley Fundamental se manifiesta com toda claridad (...). El concepto de restricción de um derecho fundamental no parece apresentar problemas; éstos resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitidos de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas

Juan Carlos Gavara de Cara também defende a superação da idéia de se considerar os direitos fundamentais como absolutos ou ilimitados, vez que além de ponto pacífico, possibilitou o exercício de esses direitos estarem sujeitos aos limites.²³⁷

Luis Prieto Sanchís é categórico ao afirmar que a idéia na qual os direitos fundamentais são limitados representa quase que uma cláusula de estilo na jurisprudência constitucional.²³⁸

Com o devido respeito aos juristas que pensam dessa forma, entende-se que as indagações ora formuladas no início desse tópico comportam, no mínimo, duas exceções.²³⁹ Ou seja, o que se defende neste trabalho é que nem todos os direitos fundamentais são limitados. Mais uma vez se deixa claro que a regra é sim pela limitabilidade, pela flexibilidade, porém, há exceções. Mesmo que escassos, existem direitos do homem válidos em todas as situações, para todos os seres humanos, sem qualquer possibilidade de restrição. Ou seja, entende-se pela tese de que existem direitos fundamentais que não concorrem com outros direitos igualmente fundamentais.²⁴⁰

Para melhor explicar o tema utilizar-se-á das lições de Norberto Bobbio. Para este jurista, dois são os direitos insuscetíveis de serem limitados, quais sejam: *o direito a não ser escravizado*, bem como, *o direito de não ser torturado*. Nesse sentido: “O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de

tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por outra.”. ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 267.

²³⁷ Afirma Juan Carlos Gavara de Cara: “La superación de la idea de la consideración de los derechos fundamentales como absolutos o ilimitados, possibilito que su ejercicio pudiera estar sujeto a limites. El ejercicio de um derecho fundamental contrario a dichos limites resulta ilegítimo.” CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994. p. 159.

²³⁸ Aponta o autor ao comentar sobre a posição da jurisprudência constitucional: “No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites.”. SANCHÍS, Luis Prieto. *justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003. p. 217.

²³⁹ Mais uma vez é feita a ressalva para a existência de inúmeros pensadores contrários a tal tese. Todavia, este trabalho caminha pela trilha ora afirmada.

²⁴⁰ Norberto Bobbio afirma: “Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano. Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 40.

possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar.”²⁴¹

A sociedade não pode admitir práticas que atinjam de morte à dignidade da pessoa humana. Sobre o direito de não ser torturado, Zulmar Fachin aponta a existência de uma dupla função, quais sejam: “(...) de um lado, a função de defesa ou de liberdade, exigindo abstenção do Estado, que não pode praticar tortura; de outro, exige a atuação do Estado, visto que este precisa agir para evitar que a tortura seja praticada.”²⁴²

Nesses termos, em que pesem inúmeras afirmações doutrinárias e jurisprudenciais de que os direitos fundamentais são limitados em sua essência, e está é a regra para tais, o presente trabalho defende a tese de que, no mínimo, duas exceções existem para a citada regra, quais sejam: o *direito de não ser escravizado* e o *direito de não ser torturado* são direitos fundamentais absolutos, não passíveis de restrições.

Após compreender a impossibilidade de restrição dos dois direitos fundamentais acima mencionados, cumpre visualizar o direito internacional e a forma pela qual a restrição se opera.

2.2.1. A limitação de direitos fundamentais no âmbito do direito internacional.

Ainda que não seja objeto imediato de análise, nem tão pouco se tenha a pretensão em esgotar a respectiva temática, não se poderia deixar de questionar a possibilidade de existirem restrições aos direitos fundamentais no

²⁴¹ Continua o citado autor: “Esses dois direitos (leia-se o direito a não ser escravizado e o direito de não ser torturado) podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 61.

²⁴² FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008. p. 217.

campo do direito internacional. Sobre essa linha, verifica-se que a doutrina nacional pouco ou quase nada se ocupou.²⁴³

Afinal, há a possibilidade de se admitirem restrições legais nos documentos internacionais que, historicamente, asseguraram e consolidaram os direitos mais inerentes à qualidade de ser humano? Para uma melhor compreensão, antecipa-se que não só se entende pela possibilidade de restringir como, também, a título de exemplo, se demonstrará alguns casos concretos em que estão presentes limitações nos documentos internacionais.²⁴⁴

Inicialmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁴⁵ (1789) é uma referência quanto à existência de uma restrição legal (expressa) em face ao sistema dos direitos fundamentais.²⁴⁶ A saber, o artigo 4º do citado diploma define a noção de limite, assim como a necessidade de se operacionalizar a intervenção legislativa: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

Sobre esse dispositivo, Gilmar Mendes alerta que “(...) essa disposição já contemplava não só o problema relativo à colisão de direitos, mas também, o princípio da supremacia da lei e da reserva legal.”²⁴⁷ Nota-se que a limitação do exercício do direito de um homem somente ocorreria no momento em que outro membro da coletividade exerce-se seus próprios direitos. A mencionada Declaração contempla a idéia de que o direito de um homem existe até o momento em que se inicia o direito de outrem. Esses limites seriam demarcados através da lei.

²⁴³ Ainda que timidamente, no Brasil, salvo melhor juízo, tem-se a restrição de direitos fundamentais (no plano internacional) em um brevíssimo comentário na obra de MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 303-304.

²⁴⁴ Toda uma investigação poderia ser realizada para a temática das restrições aos direitos fundamentais no campo do direito internacional; contudo, não se almeja, nesse trabalho, esgotar o respectivo tema, razão pela qual se fará uma leitura dos documentos tidos como essenciais ao longo das conquistas e evoluções desses direitos.

²⁴⁵ Por documentos internacionais, também as legislações estrangeiras.

²⁴⁶ Para que não se cometam equívocos, ressalta-se pela opção metodológica na utilização da expressão *direitos fundamentais* ao invés de *direitos humanos ou direitos naturais*.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 304.

Outro dispositivo do referido documento também faz menção à possibilidade de limitação. O artigo 10 assegura a liberdade de pensamento e opinião nos seguintes termos: “Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.” Resta com nítida clareza a concepção de que a liberdade de expressão pode sofrer uma limitação com base na manutenção da ordem pública.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o artigo 29 traz em si uma cláusula geral de limitação.²⁴⁸ Na primeira parte, tem-se que “todo ser humano tem deveres para com a comunidade (...)”, ou seja, afasta-se a idéia de direitos absolutos, além da existência de direitos desprovidos de deveres. Além, tem-se também, na segunda parte, a limitação em termos muito próximos ao contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem (...)”. Nesses termos, mais um dispositivo de um documento internacional em que a restrição a um direito é estabelecida.

Em relação aos demais documentos internacionais, na esteira do lecionado por Jorge Miranda, pode-se verificar que, em alguns casos há a possibilidade (ainda que genérica) de serem tomadas medidas que restrinjam os direitos dos cidadãos, desde que não seja objeto de “(...) suspensão ou privação individual de direitos como à vida ou à integridade física, os direitos dos argüidos ou a liberdade de religião.”²⁴⁹ A título exemplificativo pode-se citar o artigo 4º, n.º 1, do

²⁴⁸ Nesse sentido é a lição de MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais e o terrorismo*: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado nem para o outro. In: Separata: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. XLIV. n.º 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 652.

²⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Os direitos fundamentais e o terrorismo*: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado nem para o outro. In: Separata: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. XLIV. n.º 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 655.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,²⁵⁰ além do artigo 15º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.²⁵¹

Conforme já alertado acima, não se buscou, em momento algum, esgotar o tema, bem como exaurir os documentos e declarações internacionais, mas, demonstrar, através dos dispositivos colacionados, as possibilidades concretas de se admitir, também no plano internacional, a existência de mecanismos capazes a imprimirem limitações no campo dos direitos fundamentais.

Feitas às devidas considerações e respondidas às questões introdutórias, inicia-se o estudo detalhado sobre o sistema das restrições dos direitos fundamentais.

2.3. Sobre as restrições dos direitos fundamentais aos limites dos limites

A priori, pode-se afirmar que diante de um determinado direito fundamental individual, além de se identificar o objeto da proteção, tem-se também que se atentar para qual espécie de agressão ou restrição se buscará guarida. Nesses termos, o âmbito de proteção não é sinônimo da proteção definitiva, fato esse que remete ao estudo do caso concreto. Por essa razão, tão somente em linhas gerais, pode-se estabelecer a noção de que quanto maior for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior será a possibilidade de um ato de restrição estatal; em contrário, quanto mais restrito for o âmbito de tutela, em tese, menor será a possibilidade de se configurar um conflito entre o Estado e a comunidade ou até mesmo com o próprio indivíduo.²⁵²

²⁵⁰ Artigo 4º, n.º 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação exigir, medidas que derroguem as obrigações decorrentes desse Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

²⁵¹ Artigo 15º, n.º 1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

²⁵² Nesse sentido, Gilmar Mendes: “Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito

Juan Carlos Gavara de Cara afirma que os limites (dos direitos fundamentais) são normas que restringem seu objeto de proteção, dessa forma, somente poderão ser adotadas em conformidade com a Constituição. Uma vez que os limites dos direitos fundamentais requerem a adoção de normas que estabelecem obrigações e proibições relacionadas ao objeto de proteção do direito fundamental.²⁵³

Todavia, quando se menciona o âmbito de proteção de um direito fundamental, tem-se como certa a necessidade de defini-lo. Nesse momento, mais um problema surge: como determinar o citado o âmbito de proteção?

José Joaquim Gomes Canotilho, ao abordar o regime das leis restritivas tece algumas considerações. Primeiro, só se pode admitir a restrição a um direito quando existir uma efetiva limitação do âmbito de proteção daquele direito específico. Sendo assim, para que se afirme a existência de uma restrição é preciso aclarar as seguintes interrogações: I) De fato é uma efetiva restrição no âmbito de proteção da norma de um direito, liberdade ou garantia? II) Há autorização constitucional para que se opere a citada restrição?; III) A ocorrência da mencionada restrição salvaguardará outro direito constitucionalmente tutelado?; IV) A lei restritiva em tela cumpriu para com os requisitos estabelecidos constitucionalmente, tais como a não retroatividade e a garantia do núcleo essencial?²⁵⁴ Diante dessas interrogações pode-se ter uma compreensão mais nítida do seja uma restrição em face de qualquer outro fenômeno jurídico.

Assim como outras Constituições, o texto de 1988 traz consigo a técnica de estabelecer restrição aos direitos individuais, ora de forma direta, ora através de uma autorização ao legislador ordinário.

foi o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 295. Afirma ainda o autor: “Como observado, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.” p. 296.

²⁵³ Afirma o autor: “Los límites a los derechos fundamentales son normas que restringen su objeto de protección, y tan solo podrán ser adoptados de conformidad con la Constitución (...) Los límites a los derechos fundamentales suponen la adopción de normas que establecen obligaciones y prohibiciones em relación al objeto de protección del derecho fundamental.”. CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamentalde Bonn*. CEPC, Madrid, 1994, p. 167.

²⁵⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 448-449.

2.3.1. As restrições direta e indiretamente constitucionais e a atividade legislativa em face dos direitos fundamentais

Uma vez que existam diversas classificações a respeito de um tema, todas metodologicamente embasadas, parece não ser adequado estabelecer uma valoração que exteriorize um juízo de “melhor ou pior”. Opta-se por aquela que entende ser a mais adequada para os objetivos propostos. Por essa razão, preferiu-se pela construção teórica de Robert Alexy, qual seja, a classificação em que as restrições ou são derivações imediatamente de normas constitucionais ou autorizadas pela Constituição.²⁵⁵

Para Robert Alexy, as *restrições diretamente constitucionais* são aquelas que decorrem imediatamente das normas com hierarquia constitucional.²⁵⁶ Ou seja, é a Constituição restringindo dispositivos existentes em seu próprio texto.

Explica-se: a própria Constituição impôs, de forma direta e expressa, limites para aqueles que viessem a exercer os direitos constitucionalmente assegurados já na própria definição da garantia, ou em norma autônoma. Por exemplo: a inviolabilidade do domicílio não é resguardada em casos de flagrante delito ou desastre, ou ainda nos casos de prestação de socorro; por sua vez, o direito de reunião em locais públicos não será obstado, desde que realizado de forma pacífica e sem a utilização de armas (artigo 5º, XVI).²⁵⁷

Além dessas, há, também, as chamadas cláusulas restritivas implícitas, ou seja, aquelas em que existirá a necessidade de conciliar um direito em face de outros bens constitucionalmente tutelados. O exemplo citado por Robert Alexy é a cláusula restritiva implícita sobre a Corte Constitucional, uma vez que os

²⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 270 e ss. De imediato ressalta-se que a citada teoria é passível de, como todas as demais, críticas. A título de exemplo PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208 e ss.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 277.

²⁵⁷ É preciso esclarecer que somente se entenderá tais dispositivos como uma restrição se não se seguir a teoria interna, que logo a frente será estudada.

direitos fundamentais de terceiros que venham a entrar em colisão e outros valores jurídicos com igual hierarquia constitucional podem limitar, a depender do caso em tela, direitos fundamentais irrestringíveis.²⁵⁸

Já, por sua vez, há as *restrições indiretamente constitucionais* são aquelas em que a imposição é autorizada pela Constituição e, tais restrições são estabelecidas por normas não mais de *status* constitucional, mas infraconstitucional.²⁵⁹ Por essa razão, as restrições indiretamente constitucionais são como limites impostos “(...) ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais mediante lei pelo legislador”.²⁶⁰

Nota-se que nas restrições diretamente constitucionais é a própria Constituição que impõe a limitação, enquanto que nas restrições indiretamente constitucionais não há mais imposição, mas autorização para restringir.

Tais como nas restrições diretamente constitucionais havia a restrição expressa e a implicitamente, nas restrições indiretamente constitucionais pode-se falar que a autorização ao legislador para intervir nos direitos fundamentais pode ser simples ou qualificada. Simples será quando a ordem para intervir for genérica, não detalhada. Um bom exemplo ocorre através da utilização da expressão “nos termos da lei”. Contudo, na qualificada, a autorização para a limitação está acompanhada de diretivas que acabam por condicionar a atividade do próprio legislador ordinário. Na ordem constitucional brasileira, o artigo 5º, inciso XIII é um exemplo de autorização qualificada, vez que a liberdade de exercício da profissão deverá atender “as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.²⁶¹

Ainda sobre a atividade de restrição legislativa nos direitos fundamentais, importa ressaltar alguns comentários. Primeiro, o legislador não pode restringir qualquer direito fundamental sem que haja autorização constitucional. O mesmo legislador também não poderá se utilizar da restrição quando está for

²⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 281.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 282.

²⁶⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 38.

²⁶¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 196.

contrária ao texto constitucional ou, não existir qualquer justificativa na Constituição.²⁶²

Em vários momentos deste trabalho, ao se referir ao legislador, não raras às vezes, tal referência estava acompanhada da idéia que aquele restringiria algum direito fundamental e, caso isso viesse a ocorrer, o legislador ordinário não poderia atuar sem amparo constitucional (vinculação negativa). Porém, além desse entendimento, há também uma espécie de vinculação positiva, ou seja, o mesmo legislador ordinário tem o dever de criar condições, procedimentos e formas para o maior grau de efetividade dos direitos fundamentais.

Realizados os comentários acima, cumpre compreender as diferenças entre as normas restritivas e as denominadas normas conformadoras de direitos fundamentais.

2.3.2. Entre normas restritivas e normas conformadoras

É importante alertar que nem toda norma legal que aborda a temática dos direitos fundamentais é uma norma restritiva, pois inúmeras são as normas que tem por objetivo tão somente complementar, densificar e concretizar o conteúdo por vezes aberto e vago dos direitos constitucionais.²⁶³ Por essa razão é tão comum na doutrina traçar diferenças entre o que é uma norma restritiva e uma norma de configuração dos direitos fundamentais.²⁶⁴ Dois comentários são importantes antes de se compreender a restrição e a configuração.

Primeiro, como já alertado em inúmeros momentos deste trabalho, mais uma vez, chama-se à atenção para a divergência no que tange aos vocábulos utilizados. Explica-se: fala-se em limite, delimitação, restrição, configuração,

²⁶² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 37. Também, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 117-118. No caso brasileiro, a prática, infelizmente, demonstra algumas distorções.

²⁶³ Assim afirma ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 321.

²⁶⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 195.

conformação, intervenção, entre outros. Todavia, por necessidade e objetividade, opta-se por polarizar o debate entre as normas restritivas de um lado e as normas conformadoras/configuradoras de outro.²⁶⁵

Segundo, para que não paire dúvida, faz-se, primeiramente, uma diferenciação quanto ao sentido empregado para o vocábulo configuração/conformação. O mesmo Robert Alexy levanta a necessidade de se distinguir os dois tipos de usos que são empregados quando se aborda a configuração. No primeiro caso, o conceito de configuração acaba por abranger a idéia de restrição – o que não será empregado neste trabalho. No segundo, o conceito de configuração é utilizado como uma concepção oposta ao da restrição. Para o autor, este é o conceito da configuração em sentido estrito e propriamente dito.²⁶⁶ Tão logo, ressalta-se que neste trabalho *configuração/conformação* serão sempre compreendidos como termos opostos ao vocábulo restrição, ou seja, jamais como sinônimos.

Nas palavras de Martin Borowski, ainda no aspecto terminológico e conceitual, assevera que a categoria de atuação sobre o direito fundamental, que venha a se contrapor com a idéia de restrição, será entendida simplesmente como configuração.²⁶⁷

Nesse sentido, cumpre a busca por uma compreensão entre o que vem a ser uma *norma legal restritiva* e uma *norma legal conformadora* (configuradora).²⁶⁸ Lembra-se que esta não é uma diferenciação meramente teórica, desprovida de finalidade. Há, também, importância prática, pois uma norma que não

²⁶⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138. Todavia, ainda que não seja objeto de detalhamento profundo deste trabalho, até por uma extrema dificuldade de aplicação prática, há quem defenda inúmeras diferenciações entre cada um dos vocábulos apresentados, dentre esses autores NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 172 e ss.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 324.

²⁶⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 86.

²⁶⁸ Alerta-se que neste trabalho não se buscará traçar os marcos distintivos entre a norma conformadora e a atividade de concretização, por entender que além de ser extremamente difícil a distinção, ainda entende-se pela conformação implicar, em algum sentido, um pedaço da concretização. Entretanto, José Joaquim Gomes Canotilho afirma: "(...) conformação para designar a intervenção legislativa no campo dos direitos fundamentais carecidos de regulação, e concretização, para qualificar a mediação legislativa no âmbito de direitos que dela não necessitam. Neste último caso, o direito pode ser exercido diretamente, mas a lei alarga ou concretiza melhor o modo de exercício." CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1250.

restringe um direito fundamental não há que ser justificada como tal em face deste direito.²⁶⁹

Diante disso, qual é a relação, e também a diferença, entre uma norma restritiva e uma norma configuradora?

Norma legal restritiva é aquela que busca limitar ou restringir posições incluídas no domínio de proteção de um direito fundamental. Por sua vez, as normas legais conformadoras são aquelas que complementam, precisam, concretizam ou definem o real conteúdo de um direito fundamental.²⁷⁰

Juan Carlos Gavara de Cara ensina que a configuração dos direitos fundamentais se relaciona com a realização e garantia de tais direitos através de normas de organização e procedimento. Dessa forma, os direitos fundamentais necessitam, quer seja em maior ou em menor medida, de normas de configuração, organização e procedimento como elementos necessários à efetividade e delimitação das respectivas condições de exercício.²⁷¹ Dessa forma, pode-se afirmar que uma norma conformadora seria aquela que visa à criação quer sejam de complexos normativos, quer sejam de institutos jurídicos aptos a conferirem exeqüibilidade e aplicabilidade prática a preceitos constitucionais, permitindo, dessa forma, que os respectivos titulares possam exercê-los efetivamente.²⁷²

Para uma mais adequada compreensão, a própria Constituição brasileira traz inúmeros casos em que se visualizam aspectos de restrição ou de configuração. A começar pelos casos de restrição, tem-se no artigo 5º, XII uma nítida possibilidade de restrição a inviolabilidade do sigilo telefônico, uma vez que o próprio constituinte autorizou a edição de legislação ordinária para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.²⁷³ Outra nítida disposição

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 322.

²⁷⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002. p. 1249. Como exemplo de norma legal conformadora o autor menciona as normas do código civil (que regulam) o direito ao casamento. O próprio José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “(...) a conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para garantir o exercício de direitos fundamentais.”. p. 1250.

²⁷¹ CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994. p. 206.

²⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 182.

²⁷³ XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de

restritiva está no mesmo artigo 5º, porém no inciso XIII, vez que se pode limitar a liberdade de profissão mediante critérios específicos de qualificação.²⁷⁴

De outro enfoque, há na Constituição autorizações ao legislador não mais para restringir direitos, mas tão somente viabilizá-los, ou seja, efetivá-los. Como exemplo o artigo 5º, inciso XXXII, em que caberá ao Estado, na forma da lei, a defesa do consumidor.²⁷⁵ Ao contrário dos exemplos do parágrafo acima, a existência da lei reguladora não vislumbra restringir ou reprimir os direitos, mas a ação do legislador ordinário visa tutelar de forma adequada e eficaz uma ordem constitucional.²⁷⁶

Ao final do presente tópico, indaga-se: Como determinar a relação entre a configuração e a restrição? Martin Borowski sugere uma solução. Afirma que tanto a restrição de um direito fundamental – o princípio do direito fundamental – quanto a configuração se materializa da edição de uma lei. Contudo, a diferença apontada pelo autor reside em um aspecto tênue. Quando se fala em direito fundamental, aborda-se a restrição. Quando se trata de um direito infraconstitucional, tem-se uma configuração.²⁷⁷ Tendo em vista a realidade nacional, diante de uma Constituição e, principalmente de um Poder Legislativo como o brasileiro, em que a melhor técnica nem sempre prepondera nas reformas legislativas, deve-se aplicar tal entendimento com cautela.

2.3.3. O círculo delimitado dos direitos fundamentais e hierarquização de valores constitucionais

investigação criminal ou instrução processual penal. A Lei n.º 9.296/96 é a que regulamentou a parte final do respectivo inciso.

²⁷⁴ XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

²⁷⁵ XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

²⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 196. Nesse sentido, Wilson Antônio Steinmetz defende: “A conformação ou configuração não decorrem de uma necessidade jurídica. (...) Trata-se apenas de uma necessidade prática para uma máxima efetividade social dos direitos.” STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 40.

²⁷⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. 94-96.

Em simples palavras, para que ocorra uma colisão de direitos fundamentais, em tese, basta que a Constituição tutele mais de um valor ou bem que, por sua vez, estarão em rota de choque e, conseqüentemente, estar-se-á diante de um problema sobre conflitos de direitos, ambos de dignidade constitucional.

É diante do contexto acima descrito que se faz necessária a busca por soluções racionais. José Carlos Vieira de Andrade faz inúmeros questionamentos sobre até que ponto, em determinada situação concreta, o exercício de um direito pode afastar outro. A título de exemplo, têm-se: Uma revista ou um filme considerados pornográficos podem ser proibidos? Os governantes podem ser criticados na sua pessoa? Deve-se punir o pai que, por convicção de crença ou religião, nega que se faça a transfusão de sangue em seu filho menor, sendo essa a única forma de mantê-lo vivo? A proibição do aborto como absoluta é adequada? Pode o cidadão, a título de razões de consciência, negar-se a prestar o serviço militar em casos de guerra? Qual é o limite em que os pais podem dispor da forma pela qual os filhos viverão?²⁷⁸

O suporte fático dos direitos fundamentais pode ser compreendido em *suporte fático abstrato* e *suporte fático concreto*. *Abstrato* será aquele formado por fatos ou atos descritos em norma que, quando presentes, gera uma conseqüência jurídica. *Concreto* é aquele que produz efeitos concretos dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, regulou.²⁷⁹ Dessa forma, a verificação do suporte fático em sentido concreto está vinculado ao descrito pela norma em sentido abstrato.

Outro ponto importante está no que diz respeito ao *suporte fático restrito* e ao *suporte fático amplo*. *Restrito* será aquele que, de antemão, exclui determinadas ações do âmbito de proteção de um direito fundamental. A dificuldade para esta teoria está em fundamentar o que se inclui e o que está excluído do âmbito de proteção de um dado direito fundamental. Por sua vez, no *amplo*, não há

²⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 220 e ss.

²⁷⁹ Nesse sentido SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 67-68.

exclusão inicial, mas uma atividade argumentativa no momento em que se opera a intervenção.²⁸⁰

Do que foi exposto, é compreensível que a adoção de um suporte fático restrito implica um menor grau de proteção aos direitos fundamentais, vez que exclui da exigência de se justificar inúmeros atos que, patentemente, restringem direitos. Já o modelo do suporte fático amplo tende a abranger um maior número de condutas e, para definir o que é protegido, opera-se o sopesamento.²⁸¹

Para que não paire dúvida, este trabalho entende ser mais adequado o caminho do suporte fático amplo, haja vista maior proteção ao direito fundamental do que a fornecida pelo suporte fático restrito. Razão está que credencia este texto como defensor do suporte fático amplo.

Por essa razão, no que diz respeito aos exemplos mencionados acima, pode-se afirmar que, ao menos na maior parte dos casos, o conflito entre direitos fundamentais trará ao magistrado uma necessidade de profunda reflexão sobre qual caminho trilhar. Diante de um caso em que está em tela o direito à vida em face ao direito à dignidade, qual seria o direito a preponderar? Parece não ser suscetível de dúvida, para alguns, que a defesa pelo direito a vida deve preponderar, até pelo fato de que prejudicada estaria a dignidade da pessoa humana sem que esta estivesse viva. No entanto, pensa-se em um exemplo no qual, completamente inserido em sua comunidade, o indivíduo venha a ser submetido, contra sua vontade, a tratamento médico imprescindível para a manutenção de sua vida. Para dramatizar ainda mais, o respectivo tratamento não é, de forma alguma, permitido por aquela comunidade, tendo em vista razões de cunho religioso. Assim, aquele que não seguir os ditames da citada religião será, sumariamente, expulso daquele citado grupo de pessoas.

Diante desse quadro indaga-se novamente: vale mais viver indignamente (para aquele indivíduo sumariamente expulso de sua comunidade) ou,

²⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 81-82 e 94.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 109. Um bom exemplo para ilustrar tal afirmação está no *sigilo bancário*. A partir de um suporte fático restrito, o sigilo bancário não estaria garantido pela proteção constitucional da intimidade e da vida privada. Porém, a partir de um suporte fático amplo, o sigilo bancário deixaria de ser matéria regulamentada pelo legislador ordinário e ganharia status de proteção constitucional, uma vez que, por exemplo, seria abrangido pelo direito à intimidade e da vida privada.

ainda assim, a vontade do paciente em nada valeria, pois o bem vida é maior do que todos os demais?

Nessa linha, as lições de José Carlos Vieira de Andrade afirmam que a solução dos conflitos e colisões não podem ser equacionadas a partir de uma idéia de existência de ordem hierárquica de valores constitucionais. Defende que: “Não se pode sempre (ou talvez nunca) estabelecer uma hierarquia entre os bens para sacrificar os menos importantes.”²⁸²

Nesses termos, tem-se que, a partir de dois bens ou valores tutelados pela Constituição, não é razoável sacrificar “pura e simplesmente um deles ao outro”.²⁸³ Em outras palavras, não se verifica no texto constitucional uma ordem de valores hierarquizada. Sendo assim, inconstitucional seria a tentativa de se buscar soluções abstratas.

Percebe-se a dificuldade no momento de se interpretar não só o caso concreto, mas a Constituição. Nessa tarefa de interpretação, entende-se que outro caminho não se pode percorrer senão aquela de “(...) encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade.”²⁸⁴ Em outras palavras, fundamental é a preservação da unidade da Constituição, e da aplicação do próprio princípio da concordância prática, sempre tendo em vista um determinado caso concreto.

Diante da preservação da unidade da Constituição, defende o autor a tese de que “(...) todo o Direito Constitucional deve ser interpretado evitando-se contradições entre suas normas.”²⁸⁵ Ou seja, o intérprete deve harmonizar, na

²⁸² Prossegue o autor: “Os próprios bens da vida e integridade pessoal, bens supremos, podem ser sacrificados, total ou parcialmente (basta lembrar, em geral, nos casos de rapto em que os Governos se recusam a negociar com os terroristas e proibem até as famílias de satisfazerem os pedidos de resgate).” ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 221.

²⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 221.

²⁸⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 55.

²⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 173. Sobre a concordância prática, José Carlos Vieira de Andrade afirma: “(...) um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível. (...) O princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito.” ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 222-223.

medida do possível, todas as tensões que possam ocorrer entre as normas constitucionais.

Dessas lições, como se verá na parte final deste *Capítulo*, parece que somente será adequado se permitir o sacrifício de um direito constitucional se necessário e adequado à salvaguarda de outro(s).

Em complementação ao que tudo foi dito, Luis Prieto Sanchís faz uma curiosa e instigante abordagem sobre a limitação dos direitos fundamentais. Inicialmente, debate sobre a possibilidade de todo direito fundamental ser limitado através da ação legislativa. Em regra, todo e qualquer direito pode ser limitado, uma vez que o titular deste não está autorizado a fazer o que bem entender, no momento e da forma que bem quiser. Contudo, a partir do momento em que a Constituição proclama a liberdade religiosa ou a garantia do imputado de não declarar qualquer afirmação contra si próprio, significa que nenhuma lei poderá impedir o exercício dessas liberdades.²⁸⁶

A primeira vista, pode parecer que o citado autor defenda a tese da ilimitabilidade de alguns direitos fundamentais. Porém, diante de uma leitura mais cuidadosa, Luis Prieto Sanchís afirma que a existência de direitos insuscetíveis de limitação legislativa não quer dizer, necessariamente, que tais direitos sejam ilimitados. Explica-se: afirma o autor que alguns direitos aparecem delimitados no próprio texto constitucional, como se estivessem dentro de um *círculo delimitado*, não sendo possível nenhuma restrição. Nesses casos, o autor sugere a existência de uma fronteira intransponível.²⁸⁷

A partir dessas considerações, alguns “problemas” deixam de existir. Se a lei deseja restringir um direito fundamental em que a própria Constituição delimitou de tal forma a criar o chamado *círculo delimitado*, toda e qualquer tentativa de ingresso nessa esfera proibida será inválida. Em outras palavras, como se confirmará no estudo dos limites dos limites,²⁸⁸ o legislador não pode inventar limites

²⁸⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 218. Afirma o autor: “Sencillamente, no purde hacerlo porque la fuerza normativa de la Constitución impide que el legislador ordinário o cualquier outro poder público someta a debate lo que confieren los derechos constitucionales.”, p. 218.

²⁸⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 218. Esclarece: “Entre los derechos y sus límites existiría algo así como una frontera infranqueable, de manera que operarían como reglas a las que em su caso sería de aplicaciones el criterio de especialidad(...)”, p. 218.

²⁸⁸ Ver ponto 4.3.

aos direitos, principalmente quando a Constituição os tutelou e, expressamente impossibilitou qualquer restrição legislativa ordinária.²⁸⁹

Mencionadas as idéias introdutórias, cumpre tentar responder uma indagação: são os direitos fundamentais um obra perfeitamente acabada e definida? Para responder esta pergunta, pode-se partir de dois pontos de vista. Primeiro, a partir de um enfoque otimista, em que se compreendam as regras perfeitamente prontas e acabadas, qualquer conduta relacionada ao exercício de um direito – seja ele qual for – encontraria uma classificação jurídica segura. De outro modo, diante de uma visão mais realista, ou talvez pessimista, afirma-se que a Constituição, no tocante aos direitos fundamentais, dificilmente afirma algo de forma conclusiva. Entende-se que a adoção de medidas extremadas é, por si só, um risco desnecessário.

Nesses termos, prefere-se seguir a linha adota pelo referido autor, qual seja, uma posição intermediária. Dessa forma, os enunciados de direitos constitucionais são compreendidos com um certo grau de indeterminação e, concretamente, essa indeterminação é própria dos princípios. Nesses moldes, a leitura dos direitos fundamentais trará consigo um grau de indeterminação que, pode ser maior ou menor, conforme o caso em tela.²⁹⁰

No entanto, deve-se ter atenção para que o grau de indeterminação não se confunda e, ainda que erroneamente, tente justificar e legitimar atitudes por demais contrárias e atentatórias aos direitos mais sublimes do homem. Um exemplo que se encaixa com precisão é o caso do sacrifício de uma vida humana como um agradecimento a uma entidade maior. Ainda que possa parecer um exemplo abominável para as nações desenvolvidas, não se pode negar que ainda existem seitas com práticas, no mínimo, semelhantes. Nesse contexto, estaria a liberdade de

²⁸⁹ Nesses termos: “(...) el legislador no puede inventar límites a los derechos, que allí donde la Constitución há tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen ya parte de lo querido o permitido por la Constitución.” In: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 220.

²⁹⁰ Assevera o autor: “Por mi parte, prefiero sumarme a una posición intermedia, más em la línea de Hart, por ejemplo, y pensar que todos los enunciados constitucionales, pero em especial los relativos a derechos, son inteligibles aunque adolecen de um cierto grado de indeterminación e, más concretamente, de la indeterminación que es propia de los principios.” In: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 223.

religião sendo injustamente limitada a partir de um tipo penal que veda a prática daquele ato?

Entende-se que a lei penal que tutela a vida é uma justificada limitação ao direito a liberdade religiosa e, mais do que isso, uma promoção ao bem maior que é o direito a vida, especificamente no caso do sacrifício. Como se trata de um exemplo evidente, pode-se também sustentar a tese de que a liberdade religiosa não abrange a possibilidade de sacrificar vidas humanas. Dessa forma, sequer se estaria diante de uma limitação. Em todo o caso, pode-se notar que há justificativas (plausíveis) para o bem jurídico que se quer tutelar.²⁹¹

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que é através do exercício da ponderação, conforme o caso em tela, que se visualizará qual será o limite ao direito fundamental.²⁹²

A partir do exemplo da permissão ou da proibição da prática do nudismo, ter-se-á uma curiosa situação. Na primeira hipótese, compreender-se-á a prática do nudismo como uma ação inserida no âmbito do direito de liberdade. Em contraposição a esta, tem-se, na segunda hipótese, a prática do nudismo como um ato atentatório a ordem pública e aos bons costumes. Dado os fatos, pode-se concluir que: ao se defender a primeira situação hipotética o direito a liberdade estaria de forma muito mais ampla do que os demais. Por outro lado, ao se adotar a segunda situação, pode-se também afirmar que a prática do nudismo, além de ferir a ordem pública, é atitude não tutelada pelos limites do direito de liberdade. Nesses termos, qual seria a utilidade da ponderação?

Como afirmado por Luis Prieto Sanchís, para se pacificar o mencionado caso, o exercício da ponderação – no caso concreto – afastar-se-ia da posição absoluta, quer para um lado ou para outro, pois seria permitida a prática do nudismo, desde que em situações e locais adequados. Dessa forma, o nudismo continua a ser uma das várias manifestações do exercício a liberdade, bem como a

²⁹¹ Por essa razão afirma o autor: “Pero, en todo caso, se precisa una justificación a partir de los bienes que se quieren proteger: em el primer caso, afirmando que tales bienes autorizan una restricción de la libertad e, en el segundo, que cuando entran em juego esos bienes ya no estamos em presencia de ninguna libertad. La justificación es obvia em ambos casos, pero porque será obvia no deja de ser una justificación.” In: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 227. Esse tema será melhor debatido no ponto 5.

²⁹² Ver o ponto 2.6 deste Capítulo.

imposição de algumas condições para este (requisitos de tempo e espaço, por exemplo) seria legitimamente justificada.²⁹³

Feitas essas considerações, importa adentrar ao estudo dos *limites dos limites*.

2.3.4. Os limites dos limites

Conforme já afirmado ao longo desse trabalho, diante de um Estado Democrático de Direito, quer sejam os legisladores, quer sejam os magistrados, cumpre estabelecer um limite último à atividade restritiva desses representantes do poder estatal. Sendo assim, a ação de restrição aos direitos fundamentais deve sofrer, em algum momento, uma limitação intransponível.

Nesse contexto, poderia surgir a seguinte relação: se se constitucionalizam direitos para, dentre outros objetivos, conter a força do Estado em face do indivíduo, como se admitir que este mesmo Estado seja quem limite aqueles direitos ora mencionados? Não seria, no mínimo, um paradoxo?

Jane Reis Gonçalves Pereira explica que tal incoerência é solucionada com o “(...) recurso à idéia de que a atividade limitadora do Estado deve ser, também, uma atividade limitada.”²⁹⁴ Nessa linha de pensamento, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que “as leis restritivas estão sujeitas a uma série de requisitos restritivos dessas mesmas leis. Por isso se fala aqui das restrições às restrições ou de *limites dos limites*.”²⁹⁵ Nesse contexto há os denominados *limites dos limites aos direitos fundamentais*.

A expressão limites dos limites tornou-se difundida após a conferência sobre os limites dos direitos fundamentais apresentada por Karl August

²⁹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 227-228.

²⁹⁴ Prossegue a autora: “O pensamento liberal, desde o limiar do constitucionalismo, destacou a necessidade de se estabelecer uma série de barreiras destinadas a circunscrever o poder do Estado quando se trata de impor limitações aos direitos fundamentais”. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297

²⁹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 449.

Bettermann, na sociedade jurídica de Berlim (1964). Conforme Bettermann, a Constituição estabelece condições (materiais e formais) para que a intervenção legislativa no âmbito dos direitos fundamentais seja admissível.²⁹⁶ Dessa forma, os dois limites mais representativos dos direitos fundamentais seriam, na opinião do autor, a garantia do conteúdo essencial e a dignidade humana.²⁹⁷

Para Gilmar Ferreira Mendes, os limites dos limites, além de balizar a ação do legislador na restrição aos direitos individuais, são barreiras decorrentes da própria Constituição, vez que “(...) referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.”²⁹⁸

Com base nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, para se abordar o tema sobre os limites dos limites cumpre estudar não só o âmbito de proteção e a existência de autêntica restrição através da lei, mas, principalmente, se “(...) a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados.”²⁹⁹ Todavia, quais seriam esses requisitos?

Há os *requisitos formais e materiais* a serem necessariamente respeitados pelas leis restritivas. Os primeiros são responsáveis por uma atuação de proteção formal, ou seja, visam salvaguardar todas as etapas do procedimento pela qual a lei restritiva deve trilhar, tal como: a expressa autorização constitucional. Por sua vez, os *requisitos materiais* buscam “(...) assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição, como o princípio da proporcionalidade e o princípio do conteúdo essencial.” É preciso alertar que a Constituição portuguesa traz em seu texto menção expressa que as restrições aos direitos fundamentais devem atender ao princípio da indispensabilidade e do respeito ao conteúdo essencial.³⁰⁰

²⁹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298.

²⁹⁷ Assim aponta PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 518. Sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ver o Capítulo III.

²⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 314-315.

²⁹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 449.

³⁰⁰ Como exemplo tem-se o artigo 18.

Em síntese, ainda que não exista um consenso sobre quais são os reais limites dos limites dos direitos fundamentais,³⁰¹ está é a expressão não só largamente utilizada pela doutrina, mas também a expressão que traduz a idéia de um conjunto de obstáculos normativos que visam restringir toda e qualquer atividade do Estado que busque limitar os direitos fundamentais.³⁰²

Como se sabe, a idéia de restrição traz consigo a concepção de um direito, assim como a respectiva restrição. Nesse moldes, após visualizar a teoria das restrições direta e indiretamente constitucionais, a hierarquização e a delimitação, bem como os limites dos limites, cumpre, agora, adentrar ao campo das teorias interna e externa.

2.4. Entre as teorias interna e externa: os fundamentos, as críticas e a escolha por qual caminho trilhar

Quando se trabalha com a amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais, inevitavelmente, deve-se estruturar um sistema capaz de solucionar a colisão entre esses, ou seja, um sistema apto a trabalhar com os direitos e seus limites ou restrições. Ao se abordar o tema referente às restrições cumpre, obrigatoriamente, adentrar ao estudo das teorias interna e externa. Para melhor compreensão, antecipa-se que ao acolher uma das mencionadas teorias, automaticamente, excluir-se-á a outra.

Antes de se perfilar, é preciso demonstrar quais os pontos defendidos por cada uma, até porque existirão inúmeros reflexos no momento em que se adotar um dessas correntes. Em primeiro, deve-se ter em consideração o rigor científico, ou seja, a precisão terminológica como elemento indissociável, pois, como se perceberá, não se adequa a idéia de limites imanentes com a teoria

³⁰¹ Jane Reis Gonçalves Pereira afirma: “No constitucionalismo germânico, por exemplo, costumam ser apontados como *limites dos limites* o princípio da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso, e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298.

³⁰² A concepção sobre os limites dos limites será novamente abordada no *Capítulo III*.

externa, bem como o sopesamento com a teoria interna, ainda que a jurisprudência peque na utilização desses termos sem o respeito ao pressuposto teórico.³⁰³ Assim, o rigor com os termos empregados é passagem obrigatória. Segundo, como já advertiu Robert Alexy, a polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de modo algum, somente uma polêmica entre conceitos e problemas de construções. Dessa forma, aquele que se perfilar por uma concepção individualista de sociedade e de Estado tenderá para a teoria externa. Entretanto, aquele que desejar uma integração do indivíduo na comunidade seguirá o caminho da teoria interna. Dessa forma, o caminho a ser trilhado seguirá o entendimento sobre a prevalência (ou não) dos direitos individuais. Explica-se: uma vez que se entenda que os direitos individuais consagram posições definitivas, seguir-se-á a teoria interna. Pelo contrário, caso se entenda que esses direitos definem apenas posições *prima facie*, então se considera a teoria externa.³⁰⁴

Também por essa razão, para a *teoria interna*, não há de que se falar em conceitos autônomos de direito individual e de restrição, mas sim, na idéia de um direito individual já com o seu próprio conteúdo determinado. A teoria interna pressupõe “(...) a existência de um direito com conteúdo predeterminado constitucionalmente, de maneira que toda posição que exceda tal âmbito de proteção não será objeto de tutela jurídica.”³⁰⁵ Diante disso, aquilo que seria entendido como restrição passa a ser concebido como limite.³⁰⁶

O próprio nome dessa teoria exterioriza a idéia de que no processo de demarcação dos limites de cada direito faz-se de forma interna a ele, dentro dele. É nesse contexto que surgem os *limites imanes*,³⁰⁷ ou seja, não há duplicidade de objetos para a teoria interna, sendo assim, só existe o direito com os seus

³⁰³ Nesse sentido é a afirmação de SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 128.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 269.

³⁰⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 244.

³⁰⁶ Entre tantos autores nacionais cita-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 300.

³⁰⁷ A teoria dos limites imanes surgiu através do Tribunal Federal Administrativo alemão, mediante a sentença de 15 de dezembro de 1953, na qual foi decidido que um direito fundamental não deve ser protegido quando se coloca em perigo um bem jurídico necessário para a estabilidade da comunidade.” GAVARA DE CARRA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994, p. 281.

próprios limites imanentes. Nesses termos, Martin Borowski afirma: “Segundo a teoria interna dos direitos há só um objeto normativo: o direito com seus limites concretos. Segundo o uso lingüístico comum, os limites dos direito são ‘imanentes’.”³⁰⁸ Nessa linha de raciocínio, José Carlos Vieira de Andrade conceitua os limites imanentes como as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe. Ou seja, a limitação do direito atinge o seu próprio âmbito de tutela constitucional.³⁰⁹

Diante do ora afirmado e com base nas lições entre regras e princípios demonstradas no *Capítulo I*, pode-se concluir que os direitos definidos mediante a teoria interna possuem a estrutura de regras.³¹⁰ Tem-se como verdadeira a citada afirmação tendo em vista que a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos, além do que, não recebe qualquer influência de possíveis colisões posteriores. Por essa razão, aplica-se o raciocínio do “tudo ou nada” e não do sopesamento.³¹¹ Em síntese, os direitos que se garantem mediante regras são necessariamente direitos não restringíveis, que devem ser entendidos nos domínios da teoria interna.³¹²

Em outras palavras, para a teoria interna há ou não há um direito subjetivo, pois não se admite a existência desse direito sem o exercício natural do mesmo no âmbito dos limites internamente compreendidos. Nessa teoria, nada há que se falar em direito *prima facie* que, diante do caso concreto, não foi tutelado. Em síntese, pode-se afirmar que: “(...) a teoria interna tem o ônus de demonstrar a possibilidade de se fundamentar a limitação de direitos ‘a partir de dentro’, de forma a excluir a necessidade de restrições externas.”³¹³

Enquanto a teoria externa, como se verá, admite a necessidade de restringir os direitos fundamentais, os defensores da teoria interna utilizam-se do

³⁰⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 68.

³⁰⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 214-215.

³¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 129.

³¹¹ Assim defende SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 129.

³¹² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 77

³¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 130.

conceito dos limites imanentes para afastar tal atividade. Diante disso, conforme já afirmado acima, para a teoria interna, os direitos fundamentais não sofrem limitação externa, bem como, por outro lado, não são absolutos, vez que possuem limites delimitados quer seja implícita ou explicitamente pelo próprio texto constitucional.

Luís Virgílio Afonso da Silva, ao comentar sobre os limites imanentes e as restrições a direitos fundamentais decorrentes das colisões afirma que se pode perceber as diferenças a partir do binômio *declarar/constituir*, pois: “Enquanto nos casos de colisões *constituem-se* novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes, o que a interpretação constitucional faz é tão somente *declarar* limites previamente existentes.”³¹⁴

Dois exemplos pertinentes para ilustrar os limites imanentes estão no Supremo Tribunal Federal. Ainda que seja mais bem analisado no Capítulo III, o caso Ellwanger tornou-se emblemático por inúmeras razões, dentre essas a questão da tensão entre direitos fundamentais. Nesse contexto, ao proferir seu voto, afirmou o Ministro Maurício Corrêa: “Como sabido, tais garantias – em alusão a liberdade de expressão e pensamento – como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, *observados os limites traçados pela própria Constituição Federal* (artigo 5º, § 2º)” – grifo nosso.³¹⁵ Outro modelo da Suprema Corte foi proferido no voto de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, na ementa da ADI 869: “(...) Limitações à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. *Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição.*” – grifo nosso.³¹⁶

Conforme ressaltou o Ministro Ilmar Galvão, em alguns casos existirá um limite implícito e, em outros, explicitamente previsto no texto constitucional. Dessa forma, a própria Constituição determinará a delimitação, por exemplo: na Constituição Portuguesa pode-se mencionar o artigo 45, n.º 1 como uma limitação explícita, vez que o direito de reunião é um direito de todos os

³¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 132.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424-2 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 869 / DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ 04/08/1999. No corpo do voto o Ministro Ilmar Galvão afirma: “Todas as limitações passíveis de serem opostas à liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas, ante a peremptoriedade dos textos indicados, não de estar estabelecidas, de modo explícito ou implícito, na própria Constituição.”

cidadãos, sem necessidade de qualquer autorização, ainda que em lugares abertos ao público, desde que pacificamente e sem armas.³¹⁷ Em outros momentos, há limites imanentes dos direitos fundamentais que só podem ser alcançados através da interpretação, uma vez que são implicitamente estabelecidos no ordenamento constitucional. Para uma compreensão adequada do tema, utilizar-se-ão dos exemplos, alguns já citados neste trabalho, de José Carlos Vieira de Andrade.³¹⁸

O primeiro exemplo indaga se, com base na liberdade religiosa, há a possibilidade de se efetuarem sacrifícios humanos ou se casar quantas vezes desejar (sem o rompimento do vínculo anterior)? Pode-se invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ser humano no palco? Pode-se invocar o direito de educar os filhos para espancá-los diariamente? Pode-se invocar o direito de liberdade de ir e vir para caminhar nas vias públicas sem roupas? Pode-se incorporar o direito de greve para destruir os maquinários e demais equipamentos de uma empresa?

Nos exemplos ora relacionados, assim como em tantos outros semelhantes, não se parece adequado afirmar pela existência de um conflito entre o direito invocado em face de outros direitos, ou decorrentes de uma restrição, pois o que se verifica é o próprio texto constitucional não autorizando o exercício discrepante dos direitos fundamentais. Nesses moldes, José Carlos Vieira de Andrade afirma: “É a própria Constituição que, aos enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações.”³¹⁹ Sendo assim, a proibição ora mencionada não está atrelada a qualquer tipo de restrição, mas em um dispositivo constitucional que não as protege. Tão logo, ainda que o legislador ordinário determine a proibição aos empregados de destruírem o maquinário e demais equipamentos de uma empresa, com base na teoria interna e nos limites imanentes,

³¹⁷ Artigo 45, n.º 1. “Os cidadãos têm o direito de se reunir, pacificamente e sem armas, mesmo em lugares abertos ao público, sem necessidade de qualquer autorização.” A mesma Constituição dispõe no artigo 46, n.º 4: “Não são consentidas associações armadas nem de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, nem organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.”

³¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 216-220.

³¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 217. O citado autor esclarece: “Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imanentes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que não seja pensável que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício, sempre que, pelo contrário deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.”, p. 217-218.

essa lei em nada terá restringido a o direito de greve, vez que o citado instrumento legal não ultrapassou o limite desse direito (uma vez que a própria Constituição jamais o tutelou).

Por outro lado, quando se estuda a teoria externa, imediatamente surgem dois elementos: o direito propriamente e suas restrições. Dessa forma, primeiramente há o direito em si, não restringido e, em segundo momento, a possibilidade do direito ser restringido.³²⁰

Por essa razão também que Martin Borowski afirma que a teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes: o primeiro é o objeto de direito *prima facie* (o direito não limitado), o segundo é a restrição desse direito. A partir do resultado da restrição é que se obtém o direito definitivo ou limitado. Nessa linha, o citado autor afirma que o exame de um direito limitado deve ser realizado em duas etapas: “Em primeiro faz-se a pergunta se a consequência jurídica buscada integra parte do conteúdo do direito *prima facie*. Existindo uma resposta positiva, o segundo passo é verificar se aquele direito *prima facie* foi legitimamente limitado no caso concreto, de tal forma que não se tenha um direito definitivo.”³²¹

Sobre os ensinamentos acima, Jane Reis Gonçalves Pereira esclarece:

Na primeira fase, o intérprete deve determinar, da forma mais ampla possível, as diversas faculdades e posições jurídicas que decorrem do direito fundamental em jogo. Trata-se de verificar, à luz do dispositivo que assegura o direito, seu ‘*conteúdo inicialmente protegido*’, sem tomar-se em consideração se outros direitos individuais ou interesses comunitários podem ser afetados ou restringidos. A leitura da norma, nessa etapa, deve ser a mais ampliativa possível. Sem embargo, devem ser

³²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 268.

³²¹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 66-67. Nesse sentido Luis Prieto Sanchís defende a idéia de que o limite se configura de forma externa ao direito, sendo que este, por sua vez, adota uma dupla fisionomia: antes de ocorrer a ponderação apresenta um caráter aberto, *prima facie* e, somente após a ponderação é que passa a ser real e definitivo. SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003, p. 221.

levadas em consideração as limitações estabelecidas no próprio preceito que outorga o direito.³²²

Essa diferença em face da teoria interna é de grande relevância, pois somente a partir dessa análise dúplice é que se pode imprimir a ponderação, ou seja, o sopesar dos direitos e bens jurídicos tutelados. Assim afirma Luís Virgílio Afonso da Silva:

(...) somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*.³²³

No segundo momento, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, com o intuito lógico de sopesar o direito *prima facie*: “São traçados, assim, os *limites definitivos* do direito, os quais para essa concepção, são limites externos, já que resultam do ‘recorte’ do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental.”³²⁴

É importante ressaltar a existência de uma estreita relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios. Diante da impossibilidade de direitos absolutos, a otimização prevê a possibilidade de um princípio ser restringido por outros colidentes. Nesse momento nota-se, com clareza, o diferencial entre o direito *prima facie* e o direito definitivo.

Sobre o direito definitivo é necessário lembrar que, ao contrário do que prega a teoria interna ao afirmar ser esse definido internamente e *a priori*, verifica-se que somente no concreto constatar-se-á o que será válido.³²⁵ Assim, a

³²² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

³²³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 138.

³²⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 147.

³²⁵ Para que não pare qualquer dúvida, esclarecesse o significado de *caso concreto*: “A expressão ‘caso concreto’ pode significar duas coisas distintas: 1) ‘caso concreto’ pode significar, na forma como pode ser

definição do conteúdo definitivo do direito é encontrada a partir de fora, sendo possível ocorrer de duas formas: a *restrição por meio de regras* e a *restrição por meio dos princípios*.

Na restrição por meio de regras essas são encontradas nas leis infraconstitucionais. Dessa forma, existem regras que vedam uma determinada conduta que *prima facie* era permitida pelo direito fundamental em apreço. Vários são os exemplos, entre os quais: a possibilidade de ser afastado o sigilo bancário exterioriza uma restrição ao direito de privacidade (artigo 38 da Lei 4.595/64); a lei de arbitragem que “restringe” o acesso amplo ao Poder Judiciário (artigo 31 da Lei 9.307/96).

Já na restrição por meio de princípios, há momentos em que a restrição estará expressa nas regras da legislação infraconstitucional; todavia, pode ser que não exista regra que aborde a colisão entre dois princípios (o que é comum no ordenamento jurídico brasileiro). Nesses casos, caberá ao juiz decidir qual será o princípio que prevalecerá. A restrição não ocorre por meio de uma regra infraconstitucional, mas através da atividade do magistrado por meio de uma decisão judicial.³²⁶

Martin Borowski também afirma que entre a possibilidade de restrição de um direito e a teoria dos princípios há um estreito vínculo. No que diz respeito à teoria externa, os direitos garantidos mediante princípios são necessariamente direitos restringíveis. Em sentido contrário, também é válido afirmar que um direito restringível será necessariamente garantido diante de um princípio,

compreendida também em sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do Judiciário (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); 2) mas ‘caso concreto’ pode também significar algo menos concreto, ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do legislador acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se por um lado é mais abstrata do que uma decisão judicial, não deixa de ter também a sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com a importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas de sua importância relativa, em uma situação hipotética. Exemplo dessa acepção seria, entre outros, a atividade legislativa que cria um tipo penal de calúnia. O ‘concreto’, nesse ponto, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e ‘resolvida’ pelo legislador em um certo sentido – a favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 140.

³²⁶ Nesse sentido SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 142-143.

assim, se a restrição é legítima somente se satisfaz o critério material diante do princípio da proporcionalidade.³²⁷

Uma vez que foram estabelecidos os limites e os parâmetros da teoria interna, bem como da teoria externa, aclarando inclusive quais termos e vocábulos são próprias de cada uma das citadas teorias, deve-se, agora, apontar as críticas existentes para, só então, estabelecer qual será a teoria adotada por este trabalho. Mais uma vez, a partir do momento em que se elege um dos caminhos, necessariamente, o outro será deixado à margem, pois a teoria interna não permite uma convivência mútua com a teoria externa, assim como o inverso é verdadeiro.

2.4.1. As críticas direcionadas às teorias interna externa

Tanto a teoria interna quanto a externa são objetos das mais diversas críticas. Isso decorre do fato de terem sido construídas a partir de pressupostos totalmente distintos.³²⁸

A teoria interna é alvo de críticas contundentes. A mais pesada das condenações está embasada na *experiência*. Afirma-se que o alto grau de abertura semântica das normas de direitos fundamentais, somadas aos inúmeros problemas surgidos no cotidiano, fazem com que a tarefa de precisar os contornos desses direitos seja praticamente irrealizável.³²⁹

Todavia, ainda que fosse possível delimitar os contornos dos direitos fundamentais em tela, desconsiderar o cunho restritivo das normas jurídicas seria, também, abandonar técnicas importantíssimas no controle das limitações, bem como das decisões judiciais, como, por exemplo, a proporcionalidade.

A teoria externa também é objeto das mais diversas críticas. A primeira condenação é baseada na *contradição lógica*, ou seja, afirmam os críticos

³²⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 77.

³²⁸ Assim defende PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

³²⁹ Em sentido próximo PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160.

que a teoria externa está embasada na impossibilidade da lógica, pois não seria razoável admitir a garantia plena de um direito para, tão logo, limitar o respectivo exercício daquele. A resposta para essa objeção está no direito *prima facie* e o direito definitivo. Em nenhum momento se afirmou pela existência de um direito definitivo garantido que sofresse limitação no seu exercício. Assim, no âmbito dos princípios não faz sentido tal crítica, o que poderia se admitir se o raciocínio da contradição lógica volta-se para o nível das regras, vez que ao garantir um direito (por meio da regra), o exercício deste deve ser plenamente respeitado.³³⁰

Há também a chamada *ilusão desonesta*, ou seja, afirma-se que de nada vale a existência de um direito amplo (*prima facie*) que não é garantido definitivamente, ou seja, criar-se-ia uma ilusão, uma fantasia. Utiliza-se das lições de Martin Borowski para refutar tal pensamento, vez que se basear em um direito *prima facie* para atingir, tão logo, um direito definitivo é o mesmo que “criar expectativas sem fundamento.”³³¹ Sendo assim, o direito definitivo só ocorrerá mediante a colisão e o peso de cada um no caso concreto. Por essa razão que o direito *prima facie* não é uma pretensão a um direito definitivo, mas uma pretensão de se sopesar os princípios envolvidos.³³²

Tal como direcionada para a teoria dos princípios de Robert Alexy e tão logo também pertinente à teoria externa, é a afirmação de que a *racionalidade* do processo de solução de colisão entre princípios (o sopesamento) nada mais é do que um ato de decisionismo disfarçado, ou seja, mascarado. Isso não é verdadeiro. Pois o que se pode exigir da racionalidade do sopesamento é a fixação de parâmetros que possibilitem o fomento ao diálogo intersubjetivo, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação.³³³ O que não significa a exigência de demarcação objetiva de todos os parâmetros em estudo, até pelo fato de que a interpretação e a aplicação do direito não ser um processo estritamente objetivo.

³³⁰ Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 144-145; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 190.

³³¹ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 197.

³³² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 197.

³³³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105 e ss.

A quarta crítica volta-se para a *segurança jurídica*. Dessa forma, ao colidirem os direitos fundamentais e para solucioná-los aplicar o sopesamento traria esse processo maior insegurança jurídica. Afirma-se assim, pois estaria a critério do juiz, diante da ausência de parâmetros racionalmente objetivos, decidir o caso conforme seu entendimento (auto grau de subjetividade do magistrado). Mais uma vez não é verdadeiro o mencionado argumento, pois o processo de sopesamento traz consigo um grau de racionalidade. Deve-se ter em mente que a própria subsunção também pode trazer insegurança jurídica.³³⁴

Tanto maior será a segurança jurídica quanto maior for o controle, o debate e o embate frente às decisões dos tribunais por parte não só da comunidade jurídica, mas da sociedade em si.

Há também quem afirma que a teoria externa e a infindável quantidade de colisões de direitos fundamentais farão com que, processualmente, exista uma explosão no número de ações perante os tribunais. Assim, a denominada *inflação judiciária* seria um mal atribuído a respectiva teoria. Mais uma vez tem-se uma inverdade, pois ainda que se aumentem o número de ações judiciais, a mera existência dos precedentes faria com que, em momento posterior, houvesse a restauração da estabilidade. Diante da realidade brasileira, admitir que a teoria interna seja capaz de reduzir o número de ações seria, no mínimo, uma ingenuidade. O aumento do número de ações é muito mais um problema a ser solucionado nas esferas procedimentais do que diante de questões substanciais.

2.4.2. Das razões em favor da teoria externa

³³⁴ “Se segurança jurídica pode ser traduzido, entre outras coisas, como um mínimo de previsibilidade na atividade jurisdicional, a forma mais segura de alcançá-la não passa apenas pela definição de métodos que possibilitem controle intersubjetivo – nesse ponto, tanto a subsunção quanto o sopesamento possibilitam tal controle. A verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional. Tal acompanhamento é tarefa precípua da doutrina jurídica. É papel dos operadores do direito exercer um controle social da atividade jurisdicional. É somente a partir da assunção dessa tarefa, na forma de pesquisas jurisprudenciais sólidas e abrangentes e por meio de comentários a decisões importantes de tribunais como o Supremo Tribunal Federal, que o grau de previsibilidade de decisões poderá ser aumentado. É a partir da cobrança de consistência e coerência em suas decisões e do conhecimento da história jurisprudencial do Tribunal que cada um de seus membros ficará sempre compelido a ser coerente em suas decisões.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 148.

É possível afirmar o fato de diferentes teorias poderem levar a uma compreensão semelhante de determinado fenômeno, e até mesmo possibilitar resultados finais semelhantes, para não se afirmar idênticos. Adotar a teoria interna ou a teoria externa fará diferença, por exemplo, na fundamentação da decisão judicial, não necessariamente no resultado.³³⁵

Contudo, para o presente trabalho, por mais evidente que já se transpareceu, afasta-se a teoria interna e adota-se a teoria externa por algumas razões.³³⁶ Explica-se.

Primeiro, entende-se os direitos fundamentais a partir de sua conceituação como princípios, ou seja, mandamentos de otimização. Razão pela qual inviabiliza a compatibilidade com a noção de limites imanentes.

Segundo, não se admite também a idéia de limites imanentes com a exigência de sopesamento. Por decorrência lógica, uma vez que para a teoria interna, os limites de cada direito são definidos internamente, sendo vedada a possibilidade de restrição externa, afastada, por completo, está a possibilidade de sopesar os direitos fundamentais. Na verdade não existiria a possibilidade e, nem mesmo, a necessidade, pois não haveria sequer colisão.³³⁷

Terceiro, adotar a teoria externa é possibilitar um maior controle racional das atividades dos Poderes Públicos, coibindo práticas e discursos retóricos que em nada fundamentam decisões restritivas. Assim, como se verá no próximo

³³⁵ Assim afirma PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 167.

³³⁶ Rodrigo Brandão, com base em Robert Alexy, afirma: “Várias razões conduzem à adoção da teoria externa. A primeira concerne à questão da estrutura das normas de direitos fundamentais. Neste ponto, cumpre salientar que a teoria interna, ao renunciar aos limites externos em favor dos internos, considera que a aferição da proteção jusfundamental de uma situação jurídica se dará mediante a sua adequação ao conteúdo do direito, em cuja operação hermenêutica exercerão notável relevo os elementos semântico, teleológico e sistemático. Todavia, a irrestrita recusa a restrições não expressamente autorizadas pela Constituição só seria factível se os direitos fundamentais fossem concebidos como regras ou comandos definitivos, aplicáveis segundo a lógica do ‘tudo ou nada’, enfim, desde que não fossem descritos segundo a forma fluida que se costuma encontrar nas Declarações de Direitos, mas com a extensão e o detalhamento das normas de um Código.” BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 250.

³³⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 217.

item, o princípio da proporcionalidade, bem como o sopesamento são elementos-chave na garantia e promoção dos direitos fundamentais.

Por fim, como se não bastasse os argumentos despendidos, Juan Carlos Gavara de Cara afirma que a determinação dos denominados direitos imanentes, sendo esses entendidos como inerentes aos direitos fundamentais, sem a necessidade de serem precisados através da atividade normativa, deve ser afastada, pois permitiria a situação da ausência de direito, vez que não são suscetíveis de serem subsumidos em normas que estabeleceriam o direito fundamental.³³⁸

A partir do momento que se optou por trilhar o caminho da teoria externa, o estudo do princípio da proporcionalidade é tarefa de decorrência lógica.

2.5. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade no regime jurídico dos direitos fundamentais

2.5.1. Alguns esclarecimentos quanto ao princípio da proporcionalidade: da terminologia à fundamentação

No mínimo a contar das últimas duas décadas, o princípio da proporcionalidade³³⁹ vem provocando inúmeros estudos na doutrina brasileira. A cada momento tem-se utilizado deste princípio como um instrumento de controle dos atos do Poder Público.

Antes de se adentrar ao estudo, cumpre alertar sobre qual será o enfoque conferido ao princípio da proporcionalidade. A título exemplificativo, no direito penal há a relação proporcional entre a culpa e a fixação dos limites da pena. No direito tributário faz-se um estudo entre o valor da taxa e o serviço público prestado. No direito processual civil tem-se a proporção entre a finalidade a que se

³³⁸ CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994, p. 205.

³³⁹ De imediato ressalta-se que há na doutrina quem prefira o termo *dever de proporcionalidade*, como Humberto Bergmann Ávila; regra da proporcionalidade, como Luís Virgílio Afonso da Silva, entre outros. Para este trabalho será adotada a expressão *princípio da proporcionalidade*.

destina o ato processual e o respectivo gravame, entre outros. Diante disso, percebe-se nitidamente a proporcionalidade em diversos ramos do Direito. Todavia, o exame eleito será voltado exclusivamente para os direitos fundamentais, ou seja, na preservação destes em situações de conflito com outros direitos.³⁴⁰

Ainda que não tenha menção expressa na Constituição, o princípio da proporcionalidade é de suma importância para o ordenamento jurídico. A tal ponto que Willis Santiago Guerra Filho se refere ao citado como *princípio dos princípios*.³⁴¹ Assim, entre outras tarefas, o princípio da proporcionalidade pode, quando manejado com racionalmente, tutelar os valores constitucionais, principalmente aqueles não positivados no texto constitucional.³⁴²

Nessa linha, a proporcionalidade aqui estudada será subdivida em três exames fundamentais: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Assim, é fundamental analisar a proporcionalidade mediante alguns critérios. Nas palavras de Humberto Bergmann Ávila: “(...) a proporcionalidade não possui aplicação irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.”³⁴³

Outro ponto importante volta-se para a seguinte pergunta: A proporcionalidade é uma regra de interpretação, um postulado, um critério ou um princípio? Cumpre afirmar que a adoção de uma corrente doutrinária não significa afirmar que todas as demais de nada servem; ao contrário, pois é do embate, do diálogo, que surgem novos argumentos e, tão logo, um maior e mais profundo desenvolvimento do tema.

³⁴⁰ Sobre o princípio da proporcionalidade, adotam-se as palavras de Daniel Sarmento: “Na verdade, o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão.” SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 77.

³⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 85.

³⁴² Assim afirma SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 78.

³⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 149.

Contudo, não há na doutrina um consenso sobre qual terminologia adotar. Para a corrente que entende a proporcionalidade como uma regra de interpretação, destaca-se Luís Virgílio Afonso da Silva, pois a proporcionalidade é como uma “regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais.”³⁴⁴

Já para Humberto Bergmann Ávila o princípio da proporcionalidade não é um princípio, mas um *postulado normativo aplicativo*.³⁴⁵

Por sua vez, nos defensores da tese de que a proporcionalidade é um critério cita-se Walter Claudius Rothenburg, para o qual a proporcionalidade não é um princípio autônomo, mas um critério, vez que: “Ela não possui conteúdo próprio e definido, que traduza um valor; trata-se antes de um índice que permite aplicar uma técnica de solução de problemas de concorrência e conflito.”³⁴⁶

Carlos Bernal Pulido relata, ainda, teorias que fundamentam o princípio da proporcionalidade como: (1) princípio geral de Direito que expressa um critério de interpretação dos direitos fundamentais; (2) limite dos limites dos direitos fundamentais; (3) *status* jurídico de critério estrutural para determinar o conteúdo dos direitos fundamentais.³⁴⁷

Por fim, há os que entendem a proporcionalidade enquanto princípio. Como já percebido, afirma-se neste trabalho pela utilização da expressão *princípio da proporcionalidade*, não só pelo fato de ser a adotada pelo Supremo Tribunal

³⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 169.

³⁴⁵ Afirma que: “O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma-princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá em peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.” ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA n.º 215, jan/mar 1999, p. 151 e ss.

³⁴⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 42.

³⁴⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 501 e ss.

Federal, mas em vista também dos doutrinadores que a defendem, assim como da necessidade de se alinhar a uma das correntes e, por fim, compreender que não é objetivo deste esgotar o tema em apreço, mas simplesmente, justificar a escolha.³⁴⁸

Outra questão facilmente encontrada tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, incluindo aqui o Supremo Tribunal Federal, é a afirmação de que o princípio da proporcionalidade é sinônimo do princípio da razoabilidade. Previamente, afirma-se pela identificação equivocada. Dessa forma, busca-se também aclarar e precisar o conceito adequado da proporcionalidade.

Quando se utiliza palavras de sentidos semelhantes nas conversas do cotidiano, com absoluta certeza, o ouvinte compreenderá aquilo que se pretendeu afirmar. Por exemplo: quando o Poder Legislativo, infelizmente não raras às vezes, busca elaborar textos legais para a contratação de “assessores” sem o devido concurso público, trará para a sociedade não só um descontentamento pelo aumento das despesas públicas, mas também um sentimento de que a citada lei é, entre outros aspectos, desproporcional ou não razoável. Todavia, quando se vale de um discurso jurídico é preciso delimitar os vocábulos, pois nem sempre o fato de possuírem objetivos semelhantes, far-se-á com que tenham sentidos sinônimos.³⁴⁹

Ao abordar o tema, afirma Raphael Augusto Sofiati de Queiroz: “(...) para o ordenamento jurídico pátrio, existe uma diferença substancial entre aqueles (princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade). Em português, razoável e proporcional não são sinônimos, o que dificulta a visualização destes princípios, no campo do direito, se forem utilizados indistintamente.”³⁵⁰

Por entender e defender a tese de que a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, cumpre aclarar que, quanto à origem histórica, é comum encontrar trabalhos nos quais se afirmam pela origem remota da

³⁴⁸ Defendem a expressão *princípio da proporcionalidade*: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 77 e ss.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 83 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 353, entre outros.

³⁴⁹ Dentre tantos na doutrina, Suzana de Toledo Barros também iguala o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade: “O *princípio da proporcionalidade*, a que se faz alusão neste trabalho, como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o *princípio da razoabilidade* dos norte-americanos, desenvolvido mais de méis século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito.”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 59.

³⁵⁰ QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas: e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 45

proporcionalidade e da razoabilidade na Magna Carta de 1215.³⁵¹ Por serem conceitos distintos, em relação ao mencionado documento, nada há que se falar em proporcionalidade.³⁵²

Por derradeiro, qual seria o fundamento do princípio da proporcionalidade?

Para Willis Santiago Guerra Filho, a fundamentação seria no próprio §2º do artigo 5º, vez que: “A circunstância de ele (princípio da proporcionalidade) não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no §2º do art. 5º: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados etc.’”³⁵³

Há aqueles doutrinadores que defendem que o fundamento do princípio da proporcionalidade tem seu fundamento no princípio do Estado de Direito, entre estes se destacam: Gilmar Ferreira Mendes e Luís Roberto Barroso.³⁵⁴

Existem também aqueles que fundamentam a proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais, como: na legalidade (artigo 5º, II); na inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV), entre outros.³⁵⁵

³⁵¹ Dentre esses, BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.º 23, 1998, p. 65.

³⁵² Faz-se a ressalva de que na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. Além do que, a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no ano de 1215, mas na decisão judicial proferida em 1948, na qual foram rejeitados atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis, pois: “se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir”. Sobre esse tema ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade e teoria do direito*. In: GRAU, Eros Roberto ; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 29. Por entender e defender a tese de que a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, cumpre: primeiro, quanto a origem histórica, é comum encontrar trabalhos nos quais se afirmam pela origem remota da proporcionalidade e da razoabilidade na Magna Carta de 1215. Por serem conceitos distintos, em relação ao mencionado documento, nada há que se falar em proporcionalidade.

³⁵³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 85.

³⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14, 2000, p. 372; BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. In: Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n.º 23, 1998, p. 75-77.

³⁵⁵ Pode-se citar, exemplificativamente, dentre outros: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 93.

Entretanto, entende-se que o princípio da proporcionalidade, para se solucionar casos de colisões entre direitos fundamentais, não decorre necessariamente de um dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.³⁵⁶ A explicação é simples: a partir do momento que se entende os direitos fundamentais como princípios, com base na já exposta teoria de Robert Alexy, então se admite que esses são mandamentos de otimização, ou seja, normas que visam a realização de algo na máxima medida do possível. Sendo assim, a análise da proporcionalidade é a forma pela qual se busca a citada otimização no caso concreto. Também por essa razão que logo se verá que este guarda uma íntima relação com o princípio da proporcionalidade.

2.5.2. O princípio da proporcionalidade e o estudo trifásico: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito

Ainda que não seja tema pacífico, entende-se que o princípio da proporcionalidade é composto por outros três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, para uma compreensão adequada sobre a proporcionalidade é fundamental não só estudá-los, como verificar a forma pela qual os casos concretos são decididos.

2.5.2.1. Adequação

³⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA n.º 215, jan/mar 1999, p. 160; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 42. Afirma este autor: “A regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em dispositivo legal do direito positivo brasileiro, mas decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos. Se se aceita, portanto, a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, necessário é também aceitar a aplicação da regra da proporcionalidade, pois ambos guardam uma relação de implicação.” p. 45.

Há na doutrina a utilização da expressão *subprincípio de idoneidade*, como sinônimo da *adequação*.³⁵⁷ Para Humberto Bergmann Ávila, adequado será o meio que for “apto para alcançar o resultado pretendido.”.³⁵⁸ Ou seja, em sentido contrário, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para promover a realização do objetivo pleiteado.³⁵⁹

Na adequação há uma relação entre o meio e o fim da seguinte forma: o meio escolhido deve alcançar o fim almejado da forma mais eficaz possível. Nesse sentido, o exame da adequação trará a invalidade da medida adotada pelo Poder Público quando a incompatibilidade entre o meio e o fim for evidente.³⁶⁰

Nesse caminho, diante do caso concreto, a decisão restritiva de um direito fundamental (o meio) deve alcançar a finalidade pretendida. Assim, deve-se analisar se a medida utilizada foi adequada para o fim almejado: “à medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar.”³⁶¹

Para uma adequada compreensão, como já dito, estudar-se-á cada subprincípio da proporcionalidade acompanhados das decisões do Supremo Tribunal Federal. Inicia-se com a análise da Representação n.º 930/DF, na qual a Corte Suprema julgou o caso de uma lei que dispunha, para o exercício legal da profissão de corretor de imóveis, a exigência de estarem comprovadas as condições de capacidade. Nesses moldes, a legislação em tela, para que o indivíduo viesse a ser corretor de imóveis, deveria ter atestadas suas condições de capacidade. Dessa forma, decidiu o Supremo por declarar que “É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e conseqüentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe

³⁵⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 687.

³⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA n.º 215, jan/mar 1999, p. 172.

³⁵⁹ Nesse sentido: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 78.

³⁶⁰ Nesse sentido afirma ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 149.

³⁶¹ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79

‘condições de capacidade’.³⁶² Ou seja, em outras palavras, decidiu a Corte que o meio não promovia o fim, vez que não guardava relação entre o atestar das condições de capacidade com o controle do exercício da profissão.

Outro caso interessante para o estudo da adequação ocorreu no momento em que o País atravessava a denominada “Crise do Apagão”. Naquele período, com o intuito de conter o consumo de energia elétrica, foi editada a Medida Provisória de n.º 2.152-2. Após a edição dessa Medida, o Presidente da República propôs uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 9 – racionamento de energia),³⁶³ para que os artigos 14 a 18 fossem declarados constitucionais (com efeito vinculante).³⁶⁴ O Supremo Tribunal Federal deferiu a medida cautelar para

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 930/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 05/05/1976.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 9/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 13/12/2001.

³⁶⁴ Assim dispunham os artigos mencionados: “Art. 14. Os consumidores residenciais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a:

I - cem por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja inferior ou igual a 100 kWh; e

II - oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja superior a 100 kWh, garantida, em qualquer caso, a meta mensal mínima de 100 kWh.

§ 1º Na impossibilidade de caracterizar-se a efetiva média do consumo mensal referida neste artigo, fica a concessionária autorizada a utilizar qualquer período dentro dos últimos doze meses, observando, sempre que possível, uma média de até três meses.

§ 2º Os consumidores que descumprirem a respectiva meta mensal fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica aos consumidores que, no mesmo período, apresentarem consumo mensal inferior ou igual a 100 kWh.

§ 4º A suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 2º observará as seguintes regras:

I - a meta fixada na forma de Resolução da GCE será observada a partir da leitura do consumo realizada em junho de 2001;

II - será o consumidor advertido, por escrito, quando da primeira inobservância da meta fixada na forma do caput;

III - reiterada a inobservância da meta, far-se-á, após quarenta e oito horas da entrega da conta que caracterizar o descumprimento da meta e contiver o aviso respectivo, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, que terá a duração:

a) máxima de três dias, quando da primeira suspensão do fornecimento; e

b) mínima de quatro dias a máxima de seis dias, nas suspensões subseqüentes.

§ 5º A GCE poderá estabelecer prazo e procedimentos diversos dos previstos nos §§ 1º, 2º e 4º deste artigo.

Art. 15. Aplicam-se aos consumidores residenciais, a partir de 4 de junho de 2001, as seguintes tarifas:

I - para a parcela do consumo mensal inferior ou igual a 200 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL;

II - para a parcela do consumo mensal superior a 200 kWh e inferior ou igual a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de cinquenta por cento do respectivo valor;

III - para a parcela do consumo mensal superior a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de duzentos por cento do respectivo valor.

§ 1º Aos consumidores residenciais cujo consumo mensal seja inferior à respectiva meta conceder-se-á bônus individual (Bn) calculado da seguinte forma:

I - para o consumo mensal igual ou inferior a 100 kWh, $Bn=2(Tn-Tc)$, onde:

a) Tn corresponde ao valor, calculado sobre a tarifa normal, da respectiva meta de consumo, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta; e

b) Tc corresponde ao valor tarifado do efetivo consumo do beneficiário, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta;

II - para o consumo mensal superior a 100 kWh, Bn será igual ao menor valor entre aquele determinado pela alínea "c" deste inciso e o produto de CR por V, sendo:

a) $CR=s/S$, onde s é a diferença entre a meta fixada na forma do art. 14 e o efetivo consumo mensal do beneficiário, e S é o valor agregado destas diferenças para todos os beneficiários;

b) V igual à soma dos valores faturados em decorrência da aplicação dos percentuais de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo e destinados ao pagamento de bônus, deduzidos os recursos destinados a pagar os bônus dos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo;

c) o valor máximo do bônus por kWh inferior ou igual à metade do valor do bônus por kWh recebido pelos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo.

§ 2º O valor do bônus calculado na forma do § 1º não excederá ao da respectiva conta mensal do beneficiário.

§ 3º A GCE poderá alterar as tarifas, os níveis e limites de consumo e a forma do cálculo do bônus de que trata este artigo.

§ 4º Os percentuais de aumento das tarifas a que se referem os incisos II e III do caput não se aplicarão aos consumidores que observarem as respectivas metas de consumo definidas na forma do art. 14.

§ 5º Caberá às concessionárias distribuidoras, segundo diretrizes a serem estabelecidas pela GCE, decidir sobre os casos de consumidores residenciais sujeitos a situações excepcionais.

Art. 16. Os consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo B constante do inciso XXIII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.

§ 1º Caso o consumo mensal seja inferior à meta fixada na forma do caput, o saldo em kWh, a critério do consumidor, será acumulado para eventual uso futuro ou a distribuidora poderá adquirir a parcela inferior à meta, através de mecanismo de leilões na forma a ser regulamentada pela GCE.

§ 2º Caso o consumo mensal seja superior à meta fixada na forma do caput, a parcela do consumo mensal excedente será adquirida junto às concessionárias distribuidoras ao preço praticado no MAE ou compensada com eventual saldo acumulado na forma do § 1º.

§ 3º Os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica, caso inviabilizada a compensação prevista no § 2º.

§ 4º A suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 3º terá como critério de aplicação de um dia para cada três por cento de ultrapassagem da meta.

suspender até o julgamento final da ação “(...) a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MP 2.152-2.”. Nesse contexto, entendeu a Corte Suprema estarem demonstradas “(...) em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas”.

Com o objetivo de economizar energia elétrica, além da grave situação de crise e riscos de “apagão” que o Brasil se encontrava, pode-se afirmar que as medidas previstas nos artigos 14 a 18 da Medida Provisória em estudo eram adequados, nos termos do princípio da proporcionalidade.

É também citado pela doutrina o julgamento que diz respeito sobre a pesagem dos botijões de gás (ADI 855-2).³⁶⁵ Discutia-se a lei estadual do Paraná (Lei 10.248/93) em que era exigido que os botijões de gás fossem devidamente pesados – na presença do consumidor – para que as eventuais variações no peso daquele botijão, assim como uma possível sobra de gás no objeto devolvido, fossem ou ressarcidas ou abatidas no preço do novo botijão a ser comprado pelo consumidor. Ora, é de todo cristalino que a citada lei, no âmbito da adequação, promove a defesa do consumidor.³⁶⁶ Todavia, o Supremo decidiu, “com base na violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de

§ 5º A GCE poderá alterar os critérios e parâmetros fixados neste artigo em razão de eventual modificação da situação hidrológica ou de outras circunstâncias relevantes.

Art. 17. Os consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo A constante do inciso XXII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar metas de consumo de energia elétrica correspondentes a percentuais compreendidos entre setenta e cinco e oitenta e cinco por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, na forma estabelecida pela GCE, que disporá inclusive sobre as hipóteses de regime especial de tarifação e de suspensão e interrupção do fornecimento de energia elétrica decorrentes do descumprimento das respectivas metas.

Art. 18. Os consumidores rurais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a noventa por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.

§ 1º Os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

§ 2º À suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 1º será aplicado o critério de um dia para cada seis por cento de ultrapassagem da meta.”

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 855/PR. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/07/1993.

³⁶⁶ Assim também defende SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 38.

direitos” suspender a lei impugnada, a fim de que se fossem evitados danos irreparáveis à economia do setor.

2.5.2.2. Necessidade

O subprincípio da necessidade é também compreendido como *princípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, da intervenção mais restringida possível e do direito à menor desvantagem possível*.³⁶⁷ De toda forma, tem-se que o ato estatal que venha a limitar um direito fundamental só será declarado como necessário “(...) caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.”³⁶⁸ Nessa análise, indaga-se pela *necessidade* da decisão restritiva de um direito fundamental atingir o objetivo almejado. Ou seja, como ensina Wilson Antônio Steinmetz: “Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão.”³⁶⁹

Por essa razão, Gavara de Cara afirma que uma medida legislativa é necessária quando não pode ser escolhida outra medida igualmente efetiva que venha a limitar em menor proporção o direito fundamental ou que traga uma menor carga para o titular.³⁷⁰

Pode-se perceber que, entre o estudo da adequação e da necessidade tem-se que a primeira é caracterizada por um exame absoluto, enquanto que a segunda é necessariamente comparativa. Explica-se: uma medida qualquer será adequada ou não adequada, não se comporta o “mais ou menos” adequada. Entretanto, para que seja necessária, há que se comparar a medida em

³⁶⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 338.

³⁶⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 38.

³⁶⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 151.

³⁷⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994, p. 304.

tela com outra para aquela mesma situação. Para Robert Alexy, as máximas da adequação e da necessidade derivam daqueles princípios definidos como mandatos de otimização em relação às possibilidades fáticas.³⁷¹

Assim, em apertada síntese, o subprincípio da necessidade compreende que a esfera de liberdade do cidadão deve ser tolhida da menor forma possível. Ou seja, dentre as possibilidades de se limitar, opta-se pela de menor ônus ao indivíduo.³⁷² Nas palavras de Humberto Bergmann Ávila: “O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados (...) fica claro que a verificação do meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave.”³⁷³

Ora, tendo em vista o exemplo do racionamento de energia, afirmou-se pela adequação da medida, principalmente em face à crise atravessada no setor e a busca pela não interrupção do suprimento de energia elétrica. Uma vez que seja adequada, para se verificar a necessidade dessa mesma medida, cumpre compará-la com outras medidas que possam, em regra, diminuir o consumo de energia e tão logo o risco de um “apagão”, mas de uma forma menos restritiva ao direito do indivíduo.

Carlos Bernal Pulido afirma que a aplicação da necessidade pressupõe a existência de, pelo menos, um meio alternativo em relação à medida adotada. Se acaso não existirem meios alternativos, impossível será efetuar a comparação entre esses e a medida restritiva. Para que isso seja possível, antes de qualquer coisa, precisam-se verificar quais são os direitos limitados.³⁷⁴ Nesse momento, tem-se que a respectiva Medida Provisória ameaçava restringir o acesso do cidadão a um bem fundamental, qual seja, a energia elétrica. Como se não

³⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 114.

³⁷² Nesse sentido: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79.

³⁷³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 149.

³⁷⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 736.

bastasse, da leitura dos artigos questionados constata-se que a fixação das cotas era baseada na média do consumo de períodos anteriores. Ou seja, pressionava injustamente os consumidores que mais economizavam, impondo a estes uma menor margem de tolerância.

Nesse contexto, as medidas adotadas pelo Governo Federal são, *data venia*, patentemente desproporcionais, ou seja, se comparadas com outras ações para a redução do consumo e pela promoção da racionalização do uso da energia elétrica se perceberá a possibilidade de serem adotadas medidas de mesmo ou igual efeito, porém, menos ofensivas aos direitos fundamentais.

Para que não paire dúvida, um meio alternativo será sempre mais benigno quando sua interferência negativa for de menor eficácia, de modo menos duradouro e com menos probabilidade de restrição ao direito fundamental em tela. Se existir um meio alternativo que reúna essas condições, este deverá ser considerado o mais benigno, e, por conseqüência, aquela ato restritivo deverá ser considerado inconstitucional.³⁷⁵ É por essa razão que o subprincípio da necessidade guarda estreita semelhança com a idéia de proibição do excesso, “(...) impondo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a fim de que se eleja aquele que for menos gravoso para o direito afetado”.³⁷⁶

Resgata-se a questão da pesagem dos botijões de gás. Na esteira do entendimento da Suprema Corte declarou-se a inconstitucionalidade da lei estadual, vez que o ato de pesar os botijões traria um ônus excessivo às companhias, uma vez que cada veículo teria que dispor de uma balança. Sendo assim, ainda que a respectiva lei fosse adequada para a defesa do consumidor, conforme já afirmado, entendeu a Corte que a pesagem de cada botijão seria medida desproporcional, até porque os consumidores já estariam protegidos através do controle realizado pelos órgãos públicos – todavia o controle é por amostragem. Por decorrência lógica, a pesagem individual é mais protetiva e segura aos interesses do consumidor em não ser lesado, do que o controle por amostragem.

³⁷⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 744.

³⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 337.

Nesses termos, assim como se entendeu pela adequação, no tocante ao subprincípio da necessidade, a lei estadual também pode ser considerada como necessária, nos termos do princípio da proporcionalidade.³⁷⁷

2.5.2.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, cabe analisar o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*. Como já afirmado acima, não basta tão somente o cumprimento da adequação e da necessidade, pois além da medida que vise restringir um direito fundamental para promover outro direito fundamental deverá se encaixar nos ditames da proporcionalidade em sentido estrito para, só assim, ser considerada como proporcional. Em regras gerais, aqui se visualiza a ponderação de bens propriamente dita.³⁷⁸

Tem-se na proporcionalidade em sentido estrito uma “(...) correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível.”³⁷⁹ Diante disso, Gavara de Cara afirma que o citado princípio tem sido descrito pelo Tribunal Constitucional alemão de diversas formas: a medida não deve representar uma carga excessiva para os afetados, a medida deve ser racional para os afetados e os limites da racionalidade devem ser garantidos.³⁸⁰

Como já afirmado por Robert Alexy, quanto maior for o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.³⁸¹ Em outras palavras, a citada *lei da ponderação* é o

³⁷⁷ Essa também é a posição de: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 40.

³⁷⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 152.

³⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 95.

³⁸⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994, p. 309.

³⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 161.

subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.³⁸² Pode-se melhor explicar a relação entre a ponderação e a (in)constitucionalidade da seguinte forma:

(...) o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.³⁸³

Sendo assim, a tutela de um bem jurídico deve ser a menos gravosa para aqueles que serão restringidos. Dessa forma, sempre se estará trabalhando com a importância de se realizar o fim, bem como a intensidade das restrições aos direitos fundamentais.³⁸⁴ Carlos Bernal Pulido afirma que a importância da intervenção no direito fundamental deve ser justificada pela importância do fim perseguido nesta intervenção.³⁸⁵

Chegada à análise do caso concreto, o caso do racionamento de energia elétrica não será objeto de exame para a proporcionalidade em sentido estrito, vez que mesmo sendo adequado, se verificou ser uma medida desnecessária, fato esse que impossibilita a análise no terceiro subprincípio.

³⁸² Assim também afirmam: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 153 e SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 89.

³⁸³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 89.

³⁸⁴ Luís Virgílio Afonso da Silva traz um drástico exemplo sobre a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito: “Um exemplo extremo pode demonstrar a importância dessa terceira sub-regra da proporcionalidade. Se, para combater a disseminação da AIDS, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível infecção pelo HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados fossem encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade –, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e a dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º). SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 40-41.

³⁸⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 757.

Quanto à pesagem de botijões de gás, deve-se analisar se seria proporcional a tutela do consumidor em face às imposições as empresas do setor. Particularmente, entende-se que a adoção de balanças é tarefa proporcionalmente justa, ou seja, possui um peso menor em face da tutela dos direitos e interesses de todos os consumidores. Todavia, assim não entendeu o Supremo Tribunal Federal.³⁸⁶

Após os estudos dos três subprincípios, pode-se afirmar que para se conformar ao princípio da proporcionalidade, a norma jurídica deverá ser, ao mesmo tempo, adequada aos fins desejados, menos onerosa possível e trazer benefícios maiores do que os malefícios provocados.³⁸⁷

2.6. O princípio da proporcionalidade e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal: considerações críticas quanto a não fundamentação.

Pode-se notar que o Supremo Tribunal Federal, no que tange a discussão entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, muito pouco acresce para a discussão deste trabalho, pois como se percebe com nitidez, inúmeros são os casos em que a expressão “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”, é utilizada para afastar uma conduta abusiva.

Por mais paradoxal que possa parecer, sabe-se que o princípio da proporcionalidade abarca os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal deveria, ao menos, quando se referir ao princípio da proporcionalidade aplicar tais exames, para, dessa forma, justificar as razões pelas quais os dispositivos julgados como inconstitucionais, foram considerados inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito.³⁸⁸

³⁸⁶ Por dever de esclarecimento, ressalta-se o voto divergente do Ministro Marco Aurélio Mello.

³⁸⁷ Assim também afirma SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 90.

³⁸⁸ Sobre esse aspecto, afirma Luís Virgílio Afonso da Silva: “Sempre citada é a decisão liminar do STF que declarou inconstitucional a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor, instituída, no

Em que pese não serem devidamente mencionadas e desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina brasileira debruça-se nos temas relacionados à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito. Deve-se ressaltar que a ordem de exposição não é aleatória, mas compulsória, pois o estudo da adequação precede o da necessidade que precede o da proporcionalidade em sentido estrito.³⁸⁹

Há décadas que o Supremo Tribunal Federal aplica (mas não explica) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Acredita-se que a primeira decisão de que se tenha a notícia ocorreu no recurso extraordinário n.º 18.331, da relatoria do Ministro Ozimbo Nonato, em 21 de setembro de 1951, em caso que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade de medida restritiva que excedia o poder ao taxar.³⁹⁰

No já citado *habeas corpus* n.º 76.060, apesar de ser mencionada, a proporcionalidade não é aplicada estruturalmente no caso em tela, exteriorizando um raciocínio mecânico, em que se afirma: 1) a Constituição consagra o princípio da

Paraná, por lei estadual. Não há como não se perguntar se os dispositivos considerados inconstitucionais – não só nessa, mas em várias outras decisões em que se recorreu à regra da proporcionalidade – foram considerados *inadequados*, *desnecessários* ou *desproporcionais em sentido estrito*. Não se sabe. E não há como se saber, visto que o STF não procedeu a nenhum desses exames de forma concreta e isolada. E se não os realizou, *não foi aplicada a regra da proporcionalidade*.” SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 33-34.

³⁸⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 34. Para o autor é preciso justificar a importância dessa ordem: “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. EM outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.”, p. 34-35.

³⁹⁰ O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade. É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*. In: RF 145:164-169.

proporcionalidade; 2) o ato sob julgamento não está em sintonia com a Constituição; 3) tão logo, este ato é inconstitucional.³⁹¹

Para que não se cometa qualquer injustiça, em alguns momentos, o Supremo Tribunal Federal buscou fundamentar a decisão, principalmente, no artigo 5º, LIV, e o denominado *substantive due process of law*. Assim se constata, por exemplo, na ADI n.º 1407: “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of Law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.”³⁹² Nota-se a menção do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à fundamentação do princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de Suzana de Toledo Barros, após citar uma vasta gama de decisões da Corte Suprema, afirma: “O panorama jurisprudencial ora descortinado indiscutivelmente comprova o reconhecimento em nosso ordenamento jurídico do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.”³⁹³. Como já se asseverou, além de não serem sinônimos, o Supremo aplica o princípio da proporcionalidade, ainda que em alguns casos o confunda com a mera razoabilidade mas, como se não bastasse, não explica, não demonstra as razões quer sejam de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que o fizeram assim julgar. Com o devido respeito, o ato de meramente afirmar, desacompanhado de uma explicação lógica, racional, em nada contribuir para o desenvolvimento da matéria.

Ressalta-se que o mesmo Supremo Tribunal Federal afirmou ter a proporcionalidade “fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão dos direitos fundamentais.”³⁹⁴ Se é dessa forma, não se cobra neste trabalho a aplicação do princípio da proporcionalidade, mas, tão somente, uma relação de

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 76060/. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31/03/1998.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1407/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/03/1996.

³⁹³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 78.

³⁹⁴ *Lex-STF* 237, 304 [309].

coerência. Utilizar-se do princípio da proporcionalidade como um recurso meramente retórico é ato reprovável, pois encobre toda a necessária aplicação sistemática.³⁹⁵

Ao final deste *Capítulo II*, alguns pontos são reafirmados: 1) afasta-se da teoria interna para seguir pela teoria externa, ou seja, deve-se distinguir o que é um direito fundamental de sua restrição; 2) não é adequado excluir, como faz a teoria do suporte fático restrito, de antemão, da proteção de um direito fundamental, qualquer conduta que tenha em si um elemento capaz de justificar futura proteção; 3) o princípio da proporcionalidade é de fundamental importância na solução dos choques entre direitos fundamentais; todavia deve-se afastar a aplicação deste sem a devida fundamentação.

Adentra-se no *Capítulo III* e, tão logo, no estudo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ao final, será aplicado todo o conteúdo teórico até aqui desenvolvido na análise pontual do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* que se notabilizou com a denominação caso Ellwanger.

Capítulo 3 – A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais: das teorias ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso Ellwanger

3.1. Aspectos introdutórios

³⁹⁵ Nesse ponto também é a afirmação de SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, n.º 798, abr.2002, p. 34.

O último *Capítulo* deste trabalho busca, primeiramente, analisar a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁹⁶ (em todas as suas vertentes) para, posteriormente, aplicar todo o estudo desenvolvido no exame do julgado realizado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, o caso Ellwanger.

O conteúdo essencial, talvez, seja o critério empregado com maior frequência pela dogmática para buscar uma definição do campo de atuação do legislador no que diz respeito aos direitos fundamentais.³⁹⁷

Há ordenamentos constitucionais que, expressamente, consagram a proteção ao núcleo essencial. Dentre eles, destacam-se: a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, bem como a Constituição Portuguesa.³⁹⁸ Todavia, o que é essa garantia de preservação do núcleo essencial?

Através de um raciocínio comparativo, pode-se compreender o núcleo essencial de um direito fundamental tal qual uma célula. Quando se analisa a estrutura celular num microscópio, observa-se o núcleo em meio ao citoplasma. As teses sobre o conteúdo essencial assimilam o núcleo essencial desses direitos com as próprias células. Dessa forma, o legislador não pode afetar o respectivo núcleo.³⁹⁹

A garantia do conteúdo essencial também se reveste de um valor pedagógico, uma vez que pode exteriorizar um sentimento de respeito e, mais do que isso, uma consciência constitucional sobre a essencialidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional.⁴⁰⁰

Assim, a garantia da proteção do núcleo essencial destina-se a “(...) evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições

³⁹⁶ Na doutrina há os que preferem utilizar a grafia *principio da proteção do núcleo essencial*, como Gilmar Mendes; *conteúdo essencial*, como Virgílio Afonso da Silva; *garantia do conteúdo essencial*, como Paulo Ricardo Schier, dentre outros. Para este trabalho, propositadamente, utilizar-se-ão todas como sinônimas.

³⁹⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 400.

³⁹⁸ O artigo 19.2 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha afirma: “(...) em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial”.

³⁹⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 401.

⁴⁰⁰ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 134.

descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”.⁴⁰¹ Em outras palavras, o conteúdo essencial pode ser concebido não só como uma garantia frente à atividade legislativa limitadora, mas, também, como mais um *limite dos limites* ou uma *restrição das restrições*.⁴⁰²

Contudo, quando se estuda a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, principalmente em face do sistema constitucional brasileiro, deve-se ter em consideração que não há previsão expressa na Constituição de 1988 sobre o respectivo tema. Mas, ainda que inexistam previsão constitucional explícita, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais encontra ampla aceitação doutrinária.⁴⁰³

Em decorrência, a título de fixação de posições, adotou-se neste trabalho a teoria dos princípios nos moldes das formulações de Robert Alexy e, sendo assim, a teoria externa é a mais adequada, até mesmo por respeito à um critério metodológico.

Para melhor organização das idéias, em primeiro será realizada a análise do tema na doutrina constitucional brasileira para, posteriormente, adentrar nas dimensões *objetiva* e *subjéctiva*, assim como nas teorias *absoluta* e *relativa*.

3.1.1. Alguns critérios norteadores sobre a razão de ser da garantia do conteúdo essencial

A adoção da teoria de Robert Alexy, somada a limitabilidade dos direitos fundamentais⁴⁰⁴, assim como a necessidade de concretizar muito dos

⁴⁰¹ Assim afirma Gilmar Mendes, em referência a Hesse. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 316.

⁴⁰² BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 74.

⁴⁰³ Nesse sentido: SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. V. 7. N. 7 (Jan/Dez, 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 69.

⁴⁰⁴ Feitas as ressalvas do ponto 2.2.

dispositivos constitucionais que são, por natureza, vagos, abertos e imprecisos, fez com que a garantia do núcleo essencial controle a atividade do Poder Legislativo.⁴⁰⁵

Todavia, não se pode ter em mente que toda e qualquer atuação do legislador incidindo sobre um direito fundamental será, necessariamente, uma limitação ao exercício deste. Como se sabe, a imposição de limites é possível (e também necessária a depender do caso), contudo, o que não se pode tolerar é uma intervenção que venha a desnaturalizar um direito fundamental.

Quando se falar em desnaturalizar, em síntese, afirma-se que a atuação do legislador fará: 1) com que o direito seja impraticável; 2) o direito não mais possa protegido; 3) o exercício do direito tenha sido dificultado além dos parâmetros do razoável.⁴⁰⁶

Há um julgamento no Supremo Tribunal Federal que exterioriza com precisão os pontos acima. Cuida-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) em face do Governador do Distrito Federal. Nessa ação buscava-se a declaração de inconstitucionalidade do Decreto distrital n.º 20.098/99.

Segundo o citado decreto, o Governador do Distrito Federal buscava “disciplinar” as manifestações públicas em determinados locais. Explica-se: por entender que o princípio constitucional da livre reunião não autoriza a interferência desta no bom funcionamento dos órgãos públicos, resolveu o chefe do executivo distrital vedar a realização de manifestações públicas com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti. No entender do citado Decreto, o artigo 5º, XVI da Constituição Federal há que ser exercitado em conjunto com a legislação infraconstitucional.

Com a reunião do Plenário, os Ministros do STF, por unanimidade, deferiram o pedido de medida cautelar para suspender a aplicabilidade do Decreto

⁴⁰⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília a. n. 41. out./dez. 2004, p. 07.

⁴⁰⁶ Idem.

distrital n.º 20.098/99. Nesse sentido, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, ao opinar pela procedência da ação, manifestou-se: “Por certo, a norma que veda o uso de carros, aparelhos e objetos sonoros em manifestações populares nos locais mencionados não pode ser considerada restrição razoável ao direito de reunião, pois reduz o exercício desse direito a ponto de efetivamente frustrar seu propósito.”⁴⁰⁷

Ao julgar o pedido principal, superadas todas as questões processuais atinentes ao tema, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou: “Ora, como se sabe, a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas, encontrando expressão (...) no plano jurídico, a partir do século XVIII, no bojo das lutas empreendidas pela humanidade contra o absolutismo monárquico.”⁴⁰⁸

Nessa esteira, além da associação entre o direito à reunião e à liberdade de manifestação do pensamento, o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer possibilidade de se limitar, o que no caso em tela seria mais do que isso, vez que a autoridade distrital almejava esvaziar o mencionado direito fundamental. Até porque não se trata da vedação ao direito de se reunir com a utilização de mecanismos sonoros perante hospitais, fato esse que afrontaria o direito dos internados.

Nas lições de Konrad Hesse, o direito dos homens de se reunirem de forma pacífica e sem o uso de armamentos encontra-se intimamente ligado com a liberdade de expressão, uma vez que “a formação de opinião ou formação preliminar de vontade política, pressupõe uma comunicação que se consuma, em parte essencial, em reuniões.”⁴⁰⁹

Na defesa do direito de reunião, para o Ministro Celso de Mello, o citado direito é uma faculdade de todos os brasileiros e estrangeiros que residam no Brasil, sendo vedado ao agente público “(...) intervir, restringir, cercear ou dissolver reunião pacífica, sem armas, convocada para fim lícito (...) o direito de reunião,

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1969/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ. 28/06/2007.

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 313.

permitindo o protesto, a crítica e a manifestação de idéias e pensamento, constitui instrumento de liberdade dentro do Estado Moderno.”⁴¹⁰

Nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, com já abordado no *Capítulo II*, o sistema de restrições de direitos e garantias fundamentais exige uma determinada sistemática, em que essas podem ser: “a) restrições constitucionais diretas ou imediatas, que são aquelas traçadas pelas próprias normas constitucionais; b) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição; c) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, que decorrem da resolução de conflitos entre direitos contrapostos.”⁴¹¹ Nesses termos, parece não existir dúvida do afronto praticado pelo citado Decreto ao texto maior, vez que a tentativa de “regulamentar” o dispositivo constitucional proporcionaria, na prática, um ferir de morte a um dos direitos fundamentais de maior relevo na história da humanidade.

Diante disso, resolveram os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade e, tão logo declarar a inconstitucionalidade do Decreto distrital n.º 20.098/99. Vez que além de ser a liberdade de reunião e de associação para fins lícitos uma das mais importantes conquistas da civilização, a restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto em tela não era apenas desaconselhável para com a ordem constitucional vigente, mas inadequada, desnecessária e desproporcional.

3.2. Núcleo essencial e fundamentação na Constituição de 1988: breves considerações

⁴¹⁰ MELLO, Celso de. *O direito constitucional de reunião*. RJTJSP. vol. 54/19-23. São Paulo: Lex Editora, 1978, p. 23.

⁴¹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002, p. 1276.

Como já afirmado, não há previsão explícita da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Todavia, esta ausência não significa, em hipótese alguma, uma autorização para que o legislador intervenha e restrinja tais direitos da forma que lhe convir, como se um *cheque em branco* possuísse.

Há quem defenda a tese de que, mesmo não existindo consagração expressa quanto à idéia de núcleo essencial, tal princípio decorreria do próprio modelo *garantístico* utilizado pelo constituinte.⁴¹² Todavia, há, também, quem defenda que a preservação do núcleo essencial, nos termos da Constituição de 1988, está na compreensão, em decorrência das cláusulas pétreas.⁴¹³

Conforme já afirmado no *Capítulo I*, o artigo 60, § 4º da Constituição nega a possibilidade de deliberar proposta de emenda *tendente* a abolir. Em resumo, as cláusulas pétreas impedem toda e qualquer atividade (restritiva em excesso) por parte do constituinte revisor e, dessa forma, resguarda um “(...) determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional”.⁴¹⁴

Por esse raciocínio, é perfeitamente possível afirmar que são as cláusulas pétreas que, no Brasil, dão guarida ao princípio da preservação do núcleo essencial do direito restringido.⁴¹⁵ Por essa razão, Gilmar Mendes afirma: “Tal cláusula reforça a idéia de um limite do limite também para o legislador ordinário”.⁴¹⁶

Tendo em vista que as cláusulas pétreas vedam a atividade do constituinte revisor, o que dizer então do legislador infraconstitucional. Por lógica, se não é permitido o mais (poder de emendar a Constituição em detrimento das cláusulas pétreas), também não se pode admitir o menos (com a atuação invasora

⁴¹² Nesse ponto, MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309 e ss.

⁴¹³ Esta é a corrente abraçada por este trabalho. Dentre tantos, ressalta-se SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. V. 7. N. 7 (Jan/Dez, 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 63 e ss.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 69. Continua o referido autor: “Referida proteção, por certo, alcança a eventual atividade erosiva da Constituição por parte dos poderes constituídos, tanto direta quanto virtual. Afinal, não serão inconstitucionais apenas as emendas que, diretamente, afrontarem as cláusulas pétreas, mas também aquelas que, mesmo tendencialmente, as afetem. Nesta seara, portanto, qualquer intervenção do poder reformador que direta ou indiretamente atingir a existência de um direito fundamental consagrado como pétrea será, inequivocamente, inconstitucional.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 69.

⁴¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 309 e ss.

do legislador infraconstitucional). Assim, toda e qualquer intervenção legislativa, ainda que de boa-fé, tendente a abolir direitos fundamentais estará, visivelmente, impregnada pela inconstitucionalidade.

De todo o exposto, na Constituição de 1988, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais encontra sua fundamentação, como já afirmado, no âmbito as cláusulas pétreas, sendo dela uma decorrência.⁴¹⁷

Por ser tema pertinente ao núcleo essencial, já em 1977, sob o voto do Ministro Rodrigues Alckmin, na Representação n.º 930 - DF, que versava sobre a liberdade de conformação do legislador, suscitou-se a inconstitucionalidade da Lei 4.116/62, que regulamentava a profissão de corretor de imóveis:

Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final ('observada as condições de capacidade que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional.⁴¹⁸

⁴¹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. V. 7. N. 7 (Jan/Dez, 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007. p. 70.

⁴¹⁸ STF. Rp. 930/DF. Rel. Rodrigues Alckmin. DJ 2.09.1977.

Nesses termos, a idéia de preservação de núcleo essencial, nos termos do precedente acima, já ventilava no Supremo Tribunal Federal e, ainda que de forma embrionária, no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, não se pode esquecer que o presente ainda longe está do ideal, ou, pelo menos, do que se entende por adequado. Explica-se: notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, ainda há uma grande diferença de posicionamento entre o STF e os tribunais estaduais e magistrados em 1º grau de jurisdição. Talvez, ainda por resquícios do positivismo, alguns conceitos, categorias e concepções desses direitos sofram com a resistência dos aplicadores ordinários da constituição. Em outras palavras, como afirma Paulo Ricardo Schier: “(...) relutam em reconhecer direitos fundamentais implícitos, ainda resistem à aplicação do princípio da proporcionalidade, ainda impedem o reconhecimento do acesso direto à Constituição (...)”.⁴¹⁹

Nesse contexto, mesmo que não exista previsão autônoma na Constituição, é preciso defender e reafirmar a existência do núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive por decorrência das cláusulas pétreas. Ora, em último instante, serão as cláusulas pétreas os limites últimos de tentativas de restrições, pois, conforme abordado no *Capítulo I*, vedada está toda tentativa de se intervir no núcleo essencial de um direito fundamental.

Após os comentários acima, cumpre adentrar ao estudo da dimensão objetiva e subjetiva do núcleo essencial. De imediato afirma-se que tal análise estará pautada por uma idéia de complementaridade entre as respectivas dimensões.

3.3. O núcleo essencial e as dimensões objetiva e subjetiva

Ao se buscar definir o conteúdo essencial no que toca aos direitos fundamentais, de início, dois campos serão visualizados, quais sejam: o *objetivo* e o

⁴¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. V. 7. N. 7 (Jan/Dez, 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007, p. 71.

subjetivo. Na dimensão objetiva far-se-á um estudo a partir da compreensão do direito fundamental como um todo; enquanto que, na dimensão subjetiva, estudar-se-á a existência (ou não) de um direito subjetivo que tutele o conteúdo essencial dos direitos fundamentais para o indivíduo.

Antecipadamente, reforça-se a idéia de que a dimensão objetiva e a subjetiva dos direitos fundamentais encontram-se intimamente relacionadas, ou seja, complementam-se, integram-se e necessitam de um raciocínio fundado na complementaridade (sempre que e na medida do possível).⁴²⁰

Visualizar o conteúdo essencial do direito fundamental no campo da dimensão objetiva faz com que, em simples palavras, tal direito seja projetado para a vida da sociedade. Dessa forma, proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental seria o mesmo que evitar restrições a ele que o tornem desprovido de sentido para com os indivíduos daquela coletividade ou para parte considerável deles.⁴²¹

Do afirmado acima, de imediato, é possível perceber que, a dimensão objetiva, ao tutelar o todo, pode permitir a plena ineficácia de um direito fundamental numa dada situação concreta. Também é perceptível que a proteção conferida por esta dimensão acaba por se resumir nas barreiras impostas pelas cláusulas pétreas. Em síntese, a depender do caso concreto, se fosse utilizada tão somente a dimensão objetiva, relevante seria o risco desta dimensão não oferecer qualquer proteção. Por essa razão, faz-se de grande importância o estudo da dimensão subjetiva. Assim, opera-se uma relação de complementaridade.

Apenas para lembrar, primeiramente, ao se tutelar o conteúdo essencial de um direito fundamental busca-se evitar que tal direito sofra ou, até mesmo, seja ferido de morte por uma restrição excessiva. Em segundo, no que diz respeito a este trabalho, os direitos fundamentais de defesa devem tutelar, primordialmente, o indivíduo. Sendo assim, pouco sentido faria a proteção tão somente da coletividade a partir exclusivamente da dimensão objetiva. Virgílio Afonso da Silva explica: “(...) é perfeitamente possível – e provável – que uma

⁴²⁰ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 87.

⁴²¹ Assim afirma SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 185.

restrição, ou até mesmo uma eliminação, da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto”.⁴²²

Assim como há a crítica no tocante à dimensão objetiva, na dimensão subjetiva, a depender do caso, é possível admitir que, uma vez em estado de guerra declarada, a pena de morte, no Brasil, eliminaria por completo direito à vida do respectivo condenado. Entretanto, na dimensão objetiva nenhum problema existiria, vez que o conteúdo essencial do direito à vida, em sua função para com a coletividade, sequer foi atingido.⁴²³

Dessa forma, enquanto a dimensão objetiva está voltada para o bem vida a partir de uma ótica de preceito constitucional, a subjetiva considera o próprio direito subjetivo à vida do indivíduo como um objeto que merece proteção em seu conteúdo essencial, não sendo admissível o sacrifício deste.⁴²⁴

Por um dever de clareza, faz-se importante adentrar ao estudo das teorias absolutas e relativas sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

3.4. As distinções entre a teoria absoluta e a teoria relativa sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais

Para os adeptos da chamada *teoria absoluta*, o núcleo essencial dos direitos fundamentais é autônomo, ou seja, independentemente da situação concreta em análise, não seria suscetível à intervenção legislativa. Dessa forma, há um espaço suscetível de limitação por parte do legislador e, outro incapaz de permitir qualquer limitação. É preciso lembrar que toda atividade interventiva terá que ser justificada. No espaço insuscetível de restrição, existiria como uma espécie de “limite do limite” para a própria atuação legislativa.⁴²⁵

⁴²² Ibidem, p. 186.

⁴²³ ibidem, p. 186-187.

⁴²⁴ Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 86.

⁴²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317.

Em síntese, a teoria absoluta sustenta a existência de um núcleo em que seus limites seriam como uma barreira incapaz de ser superada. Por essa razão, Jorge Miranda defende que: “(...) funcionar como barreira última e efetiva contra o abuso de poder (...) o conteúdo essencial tem que ser entendido como um limite absoluto correspondentes à finalidade ou ao valor que justifica o direito”.⁴²⁶ Diante disso, na perspectiva da teoria absoluta, a intervenção legislativa somente será constitucionalmente admissível se ocorrer na chamada zona accidental, ou não-essencial, mas nunca no núcleo do direito fundamental em tela.⁴²⁷

A teoria absoluta compreende o conteúdo essencial como grandeza estática, ou seja, intertemporal. Considera, assim, que em cada direito fundamental há uma esfera intocável, ou seja, um núcleo essencial que pudesse ser a última barreira, uma espécie de *linha Maginot*.⁴²⁸

Do que até agora foi dito, parece ser pouco possível (se é que seria) admitir a utilização do princípio da proporcionalidade no tocante à teoria absoluta. Assim, ao estabelecer a existência de uma barreira intransponível, pode-se perceber a grande dificuldade em definir o que estará incluído nesta barreira e o que dela não fará parte. Sendo assim, é adequado afirmar que o conteúdo essencial absoluto é sinônimo do conteúdo essencial imutável?

Para responder essa questão, faz-se necessária a utilização dos conceitos de *conteúdo essencial absoluto-dinâmico* e *conteúdo essencial absoluto-estático*.⁴²⁹ Em primeiro, tem-se que a característica de ser o conteúdo essencial absoluto não requer, necessariamente, a imutabilidade. Assim, por “absoluto” deve-se compreender apenas o que é protegido pelo conteúdo essencial não sendo

⁴²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 340.

⁴²⁷ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 404.

⁴²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 782.

⁴²⁹ Carlos Bernal Pulido diferencia a teoria absoluta (espacial) em relação às teorias temporais do conteúdo essencial: “Una teoría temporal define el núcleo de los derechos fundamentales como un conjunto de normas y posiciones jurídicas que siempre permanece en la estructura de derecho, a pesar de que éste sufra mutaciones con el paso del tiempo. Por em contrario, las teorías espaciales representan a los derechos fundamentales de modo estático, como entidades corpóreas dotadas de substancia, que ocupan un lugar con coordenadas.” PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003, p. 403.

possível de sofrer qualquer relativização por parte do legislador.⁴³⁰ Assim, mesmo que absoluto, uma vez que tenha a característica de dinâmico, este conteúdo essencial de um direito fundamental poderia ser modificado com o passar do tempo.

Todavia, para aqueles autores que concebem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como absolutos (no tocante a serem intangíveis) e, mais que isso, intangíveis tão somente se forem imutáveis, independentemente do tempo, da ideologia ou da realidade social, estar-se-á diante de um conteúdo essencial absoluto-estático.

O grande impasse frente ao conteúdo essencial absoluto-estático está no tocante à possibilidade de se engessar de tal forma a Constituição que esta estaria impossibilitada de acompanhar a evolução social, ficando a margem da realidade.

Por outro lado, para a *teoría relativa* o conteúdo essencial de um direito fundamental não requer contornos absolutos, bem definidos. O ponto central da teoria relativa está no fato de rejeitar limites pré-estabelecidos, definidos *a priori* para cada direito fundamental.⁴³¹ Assim, o essencial e tão logo objeto de proteção dependerá do caso concreto. Em outras palavras, esta afirmação reflete a idéia de que o conteúdo essencial de um direito fundamental não será, necessariamente, sempre o mesmo. É admissível variação conforme a situação em tela, dos direitos envolvidos em cada caso concreto. Em síntese, o conteúdo essencial não será uma medida pré-estabelecida e fixa.⁴³²

Para a teoria relativa, o núcleo essencial seria aferido mediante a ponderação, com base no princípio da proporcionalidade.⁴³³ Tal qual foi abordado no *Capítulo II*, o princípio da proporcionalidade é composto: pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Posto isto, a *adequação* requer

⁴³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 188.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 196.

⁴³² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994, p. 331.

⁴³³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317. Afirma Jorge Reis Novais: “Donde facilmente se conclui que, para a *teoría relativa*, a garantia do conteúdo essencial se identifica com o princípio da proibição do excesso num quadro de ponderação de bens. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 781.

que a restrição empregada, pelo legislador, ao direito fundamental, seja a mais adequada para alcançar os fins pretendidos por este próprio legislador. Por decorrência, deve aquele que busca restringir expor os motivos (de forma clara e precisa) para que seja possível estabelecer parâmetros de análises e, ao final, concluir se tal restrição era a de menor lesividade para o direito fundamental em tela.⁴³⁴

Diante disso, não parece exagerado afirmar que a teoria relativa guarda uma íntima relação para com o princípio da proporcionalidade. Sendo assim, será o princípio da proporcionalidade (e seus três sub-princípios) que definirá se operou ou numa uma restrição ao conteúdo essencial de um direito fundamental. Por óbvio, não se contentará com a mera menção, mas com uma aplicação fundamentada.

Mais uma vez, é preciso lembrar que ambas as teorias são passíveis de críticas. Sintetiza-se: a teoria absoluta é criticada, pois, no momento em que afirma pela insuscetibilidade de redução por parte do legislador pode, a depender do caso, se tornar vazia, tendo em vista a dificuldade de se verificar, abstratamente, a existência do mencionado mínimo essencial. Por outro lado, a teoria relativa pode permitir uma extrema flexibilidade ao estatuto dos direitos fundamentais, fato este que, em tese, pode vir a descaracterizá-los como princípios centrais do direito constitucional.⁴³⁵

De tudo o que foi exposto, parece ser mais adequado trilhar o caminho da teoria relativa no que diz respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, vez que, no mínimo, se encaixa com maior naturalidade ao princípio da proporcionalidade (vice-versa).

3.4.1. O núcleo essencial dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

⁴³⁴ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 80.

⁴³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 317-318.

Antes de se adentrar ao estudo do caso Ellwanger e sobre toda a temática que envolve o mencionado assunto, faz-se de grande importância analisar o núcleo essencial dos direitos fundamentais em relação à dignidade da pessoa humana.

Por óbvio, não se busca desvendar qual é o limite último, o núcleo essencial de cada um dos dispositivos do artigo 5º (e seguintes) da Constituição, até por uma real impossibilidade na extensão deste trabalho. Porém, é preciso aclarar alguns pontos sobre a dignidade da pessoa humana.

Em face da realidade brasileira, infelizmente, não se pode deixar de comentar o resultado do uso excessivo e desmedido da garantia da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a cada restrição de um dado direito fundamental, invariavelmente, a decisão do Poder Judiciário passava pela dignidade da pessoa humana. Por natural, este exagero fez com que tal princípio fosse banalizado. Apenas a título de exemplo, em breve pesquisa jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal aplica o fundamento da dignidade da pessoa humana ao julgar questões de exame de DNA a instauração de inquéritos.⁴³⁶ Nessa linha, “(...) em todos esses casos é possível dizer, sem grande chance de errar, que as mesmas decisões seriam possíveis e – o que é mais importante – mais bem fundamentadas se não se recorresse à garantia da dignidade humana”.⁴³⁷

Diante desse quadro, a dignidade da pessoa humana, para que se evite uma maior banalização, não deve ser justificativa para toda e qualquer decisão.

Além do comentado acima, inúmeros são os doutrinadores que impõem ressalvas sobre a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana. Exemplificativamente, Wilson Antônio Steinmetz afirma: “(...) definir com precisão o que seja dignidade da pessoa humana não é tarefa simples. O conceito é altamente abstrato (...)”.⁴³⁸ Diante disso, novas dificuldades surgem e, tão logo, aos olhos do

⁴³⁶ Como referência, algumas decisões: Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 82.969, HC 71.373, HC 94916, dentre outros.

⁴³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 195.

⁴³⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 165.

menos avisado, pode-se, de forma equivocada, acreditar que a dignidade da pessoa humana é apenas um exercício de retórica.

Todavia, o presente trabalho não defende tal posicionamento; pelo contrário, a dignidade da pessoa humana possui estreita relação com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sendo assim, na realidade do Estado Democrático de Direito, cumpre estabelecer qual é, de forma geral, a nota que impede o avanço da restrição, seja qual for o direito fundamental em tela.

Com bases nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, tem-se que “(...) pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental, encontra-se imune a restrições”.⁴³⁹ Por decorrência, uma violação que fira o conteúdo da dignidade da pessoa humana, independentemente do caso, será, no mínimo, desproporcional.

Nessa linha de raciocínio, como já afirmado, há uma íntima relação entre a dignidade da pessoa humana e a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Mais uma vez, na linha de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui uma dupla função. Explica-se: a dignidade da pessoa humana “(...) atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais”.⁴⁴⁰ Em síntese, a dignidade da pessoa humana evita que se restrinja, injustamente, outros direitos. Contudo, também é a dignidade da pessoa humana que atua limitando outro direito fundamental a partir da análise de um caso concreto. Não se pode esquecer que toda e qualquer restrição deve estar pautada no princípio da proporcionalidade, devidamente fundamentado.

Em síntese, defende-se a tese pela qual a dignidade da pessoa humana é barreira última em face às restrições de direitos fundamentais.⁴⁴¹ A dignidade da pessoa humana não conhece tendências jurídicas, ideológicas, políticas econômicas...⁴⁴² assim, por não ser possível estabelecer contornos fixos de

⁴³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 121.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 91.

⁴⁴² Nesse sentido RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena Lorenzo. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la constitución española*. Granada: Comares, 1996, p. 237.

cada direito, constitui o limite material à ação legislativa em face dos direitos fundamentais. Há um campo no qual não se pode tocar, o campo tutelado pela dignidade da pessoa humana.

3.5. Os judeus, o racismo e o holocausto: breves reflexões

Como já afirmado, após estudar toda a matéria pertinente aos direitos fundamentais, restrições e núcleo essencial, este trabalho analisará, de forma pontual, os votos de cada um dos ministros do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao Caso Ellwanger. Todavia, antes de se aprofundar no respectivo julgamento, imprescindível é o comentário e algumas reflexões sobre o a temática que envolve o povo judeu, o racismo e o holocausto.

Inúmeros são os autores, bem como os livros que retratam os horrores da 2ª Guerra Mundial. Porém, por não ser possível analisá-los nesse momento, bem como em face dos objetivos propostos, e do recorte no que tange ao holocausto, optou-se pelos escritos de Hannah Arendt, quais sejam: *Origens do totalitarismo e Responsabilidade e julgamento*.⁴⁴³

Diante disso, não se duvida que os ecos provenientes dos crimes praticados pelo regime nazista ecoam e, muito possivelmente, ecoarão para todas as gerações, até mesmo como forma de não se admitir a prática de novos genocídios. Assim, a dignidade humana deve, necessariamente, ser defendida e reafirmada de forma incansável.

Negar o holocausto, os horrores praticados contra os judeus, as práticas diabólicas realizadas nos campos de concentração é não só negar a história, como afrontar a humanidade. Assim, como se verá no item seguinte, indagar se o holocausto foi judeu ou alemão e afirmar que este é a mentira do século é prática que afronta, no mínimo, o bom senso.

⁴⁴³ Optou-se por seguir os citados textos por, no mínimo, três razões: 1) são obras de notável rigor e veracidade histórica; 2) admitidas e referendadas pela doutrina nacional e internacional; 3) escritas por alguém que mesmo sendo alemã, fugiu de seu país em decorrência da deflagração da 2ª Guerra Mundial.

Nas *Origens do totalitarismo*, Hannah Arendt afirma que a estrutura organizacional construída e aplicada na Alemanha nazista fazia com que “(...) todo cidadão tinha de provar que *não* era judeu ou descendente de judeus”.⁴⁴⁴ Porém, não foi suficiente para evitar o surgimento do genocídio, “crime até então desconhecido em meio à civilização ocidental”.⁴⁴⁵

Impregnado por uma idéia de supremacia, de superioridade da chamada *raça pura*, da *raça ariana*, todo e qualquer ser que não estivesse de acordo para com os padrões de superioridade deveria ser descartado. Assim, buscava-se definir e “purificar” uma sociedade. Nesse contexto, Hannah Arendt afirmou: “Não importa o que digam os cientistas, a raça é, do ponto de vista político, não o começo da humanidade, mas o seu fim, não a origem dos povos, mas o seu declínio, não o nascimento natural do homem, mas a sua morte antinatural”.⁴⁴⁶

O terror dirigido contra o povo judeu exterminou vítimas inocentes, pessoas que eram demonizadas pelo simples fato de reunirem características comuns e descenderem de determinadas famílias.⁴⁴⁷ Todo esse terror talvez possa ser resumido em uma única palavra: *Auschwitz*.

Foi no campo de concentração de *Auschwitz* que as maiores atrocidades contra os seres humanos foram praticadas. Para tentar se aproximar da dramaticidade e da amplitude do que foi praticado naquele lugar, no relato do julgamento de alguns oficiais nazistas, tem-se:

Lendo as atas do julgamento, deve-se ter sempre em mente que Auschwitz fora estabelecido para massacres *administrativos* que deviam ser executados segundo regras e regulamentos mais rigorosos. (...) O extermínio de milhões foi planejado para funcionar como uma máquina: os prisioneiros chegando de toda a Europa; as seleções na rampa, e as seleções subseqüentes entre

⁴⁴⁴ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 20.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 187.

⁴⁴⁷ Afirma Hannah Arendt: “A diferença fundamental entre as ditaduras modernas e as tiranias do passado está no uso do terror não como meio de extermínio e amedrontamento dos oponentes, mas como instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes. O terror, como conhecemos hoje, ataca sem provocação preliminar, e suas vítimas são inocentes até mesmo do ponto de vista do perseguidor. Esse foi o caso da Alemanha nazista, quando a campanha de terror foi dirigida contra os judeus, isto é, contra pessoas cujas características comuns eram aleatórias e independentes da conduta individual específica”. Ibidem, p. 26.

aqueles que tinham sido robustos na chegada; a divisão em categorias (todos os idosos, crianças e mães com filhos deviam ser gaseados imediatamente).

(...)

A Morte era o governante supremo em Auschwitz, mas lado a lado com a morte havia o acaso – a casualidade mais abusiva e arbitrária, incorporada nos estados de espírito mutáveis dos criados da morte – que determinavam o destino dos internos.⁴⁴⁸

Ainda que a parte considerável da sociedade alemã sequer tenha vivido ou contribuído para qualquer construção desse cenário de horror, as marcas do holocausto, das execuções em massa das minorias perseguidas são marcas indelévels. Por essa razão, no que diz respeito à construção do monumento a todos aqueles que foram assassinados pelo regime nazista, Jürgen Habermas afirma: “Como descendentes co-responsáveis nós dizemos a nós mesmos: isso ‘jamais se repetirá!’”.⁴⁴⁹

Após essa breve contextualização, cumpre adentrar na parte final deste trabalho, qual seja: o estudo pontual de cada voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger. De imediato, antecipa-se que o objetivo principal é aplicar toda a teoria até aqui demonstrada em face de um caso concreto e, por consequência, verificar as razões e a fundamentação de cada voto no que diz respeito aos direitos fundamentais, às restrições e ao núcleo essencial.

3.6. O Supremo Tribunal Federal e o caso Ellwanger: uma discussão à luz do sistema de restrições e do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Conforme o artigo 5º, inciso XLII, a prática do racismo é crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.⁴⁵⁰ A partir de uma

⁴⁴⁸ ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 319 e 324.

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 64.

⁴⁵⁰ Celso Lafer afirma: “(...) no sistema dos direitos e garantias da Constituição de 1988, o artigo 5º, XLII é uma faceta constitucionalmente inovadora do processo de especificação. Tem como nota própria atribuir à prática do racismo uma tutela penal. Uma tutela penal mais rigorosa – crime inafiançável e imprescritível – do que a do inciso XLI do artigo 5º”. LAFER, Celso. *Análise e interpretação do art. 5º, XLII da Constituição de 1988 sobre o*

interpretação sistêmica da Constituição pode-se perceber alguns valores comuns: 1) o preâmbulo constitucional declara ser um valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; 2) acrescido do artigo 1º, inciso III, em que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; 3) somado ao artigo 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; 4) o artigo 4º, inciso VIII, uma vez que nas relações internacionais a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros, pelo princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo; 5) no próprio artigo 5º, X, tendo a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como bens invioláveis. Tudo isso, sem prejuízo da cláusula de abertura do artigo 5º, §2º.

No plano infraconstitucional, a Lei n.º 7716/89 é a responsável por disciplinar e punir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. No que é de interesse para este trabalho, nos termos do artigo 20 da referida legislação, a prática, induzimento ou incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia ou procedência nacional será punida com a pena de reclusão de um a três anos e multa.

Todos esses dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, quando analisados em conjunto, cristalizam a posição, na qual, na República Federativa do Brasil o racismo é prática não aceita, combatida e tratada com rigores do Direito Penal.⁴⁵¹

3.6.1. Breve histórico do caso Ellwanger

alcance e significado do crime da prática do racismo, uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC 82424-2. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 466.

⁴⁵¹ Ressalta-se a lição de Luís Roberto Barroso: “A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (organizador). 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 03.

Antes de se adentrar propriamente no caso Ellwanger, cumpre verificar o histórico do *Habeas Corpus* 82424-2. Afinal, qual é o histórico desse HC?

Não precisa examinar com profunda verticalidade para perceber que, diante do título “*Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*”, no mínimo, algo há de estranho. Explica-se: Siegfried Ellwanger é editor e autor, residente em Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Dentre suas atividades, está a prática em reeditar e editar livros com um claro conteúdo anti-semita. Dentre estas obras tem-se a do título já mencionado, além, também, dos “*Protocolos dos Sábios do Sião*”.

Para se ter maior precisão sobre o conteúdo das obras editadas por Siegfried Ellwanger, o livro intitulado “*Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século*”, nega o fato histórico do genocídio praticado pelos nazistas contra, por exemplo, o povo judeu. Diante da conduta exteriorizada por Ellwanger foi condenado pelo crime da prática de racismo pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (outubro de 1996). Uma vez condenado, a pena fixada foi de dois anos de reclusão, tendo direito ao benefício do *sursis*, bem como da exigência do réu prestar serviços à comunidade por um período de um ano.

Desta decisão foi impetrado um *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça (novembro de 2000) e denegado, por decisão majoritária da 5ª Turma daquela Corte (dezembro de 2001). A tese da defesa sustentava que Ellwanger praticou incitamento contra o povo judeu, não a prática de racismo, uma vez que os judeus não constituem uma raça. Se esta linha de argumentação fosse acatada, não haveria a prática de racismo e estaria afastada a imprescritibilidade do delito praticado.

Ao examinarem o HC, os Ministros do STJ interpretaram e, tão logo, denegaram-no. O relator era o Ministro Gilson Dipp que afirmou: “a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento”. Ao acompanhar o voto do Relator, o Ministro Jorge Scartezini destacou que “(...) o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas também aqueles relacionados à etnia e grupos nacionais”. Nesse sentido, o STJ defendeu a tese que

a República Federativa do Brasil proíbe tanto o preconceito de marca quanto o de origem. Nesse sentido, preconceito de marca abrange a aparência, a cor da pessoa, e o preconceito de origem, o fato desta pessoa ter origem num determinado grupo religioso, étnico ou nacional.⁴⁵²

Da negatória do STJ foi impetrado novo *HC*, com base na mesma argumentação, agora junto ao Supremo Tribunal Federal (setembro de 2002). Ao receber o *HC*, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, emitiu parecer contrário.

O julgamento pelo STF percorreu cinco longas sessões. Mais uma vez, agora pelo STF, o *HC* foi indeferido pela maioria de oito votos, tendo três votos vencidos. O Ministro Joaquim Barbosa não votou, vez que havia sucedido o Ministro Moreira Alves (que já tinha proferido voto). Foram vencidos os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto. Formaram os votos vencedores os Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso.

Antes de se adentrar ao estudo de cada voto, cumpre estabelecer quais foram os temas (gerais) tratados pelo Supremo no respectivo caso. Em primeiro, o STF decidiu sobre qual era a abrangência do crime envolvendo a prática do racismo e, por óbvio, solucionar se o anti-semitismo é racismo, ou não. Em segundo, decidiu pela existência, ou não, de um eventual conflito entre a liberdade de manifestação do pensamento e a condenação de Ellwanger pelo crime de prática de racismo. Ou seja, eventual conflito de princípios constitucionais.⁴⁵³

Assim, o STF, a partir de uma teoria do suporte fático amplo, considerou, naquele caso concreto, que *escrever, editar, e divulgar* livros com apologia às idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica era conduta inserida na prática do crime de racismo:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias"

⁴⁵² LAFER, Celso. Análise e interpretação do art. 5º, XLII da Constituição de 1988 sobre o alcance e significado do crime da prática do racismo, uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC 82424-2. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 465.

⁴⁵³ *Ibidem*, 469.

contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

É nítida a diferença de tutela entre a teoria do suporte fático restrito e do amplo, pois aquela poderia muito bem não abranger na prática do racismo as idéias discriminatórias contra a comunidade judaica. Evidente que, se houvesse perfilado nesta posição, a própria dignidade da pessoa humana seria ferida de morte.

Em segundo, naquilo que já foi abordado no *Capítulo II* deste texto, a liberdade de manifestação do pensamento não é absoluta e, dessa forma, não pode ser utilizada para acobertar finalidades ilícitas. Nesses moldes, é perfeitamente possível o argumento de que, por exemplo, não houve qualquer restrição à liberdade de expressão, pois o círculo delimitado deste direito não abrangeria o direito à incitação ao racismo:

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Todavia, também é possível seguir a linha de argumentação não mais voltada para uma concepção de limites imanentes e teoria interna, mas na trilha da teoria externa. Assim, no embate entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, no exercício da ponderação, preponderou esta em detrimento daquela. Não obstante, também seria possível ponderar entre a liberdade de manifestação do pensamento e o crime da prática do racismo.

Feitas essas considerações introdutórias, cumpre abordar as razões dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Tendo sempre como norte a clareza e a objetividade, justifica-se a razão pela qual serão objetos de comentários os votos dos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves, Carlos Ayres Britto, Maurício Corrêa, Celso

3.6.2.1. A autonomia do pensamento individual: considerações no voto do Ministro Marco Aurélio

Entendeu o Ministro Marco Aurélio pela concessão da ordem. Inicialmente, o Ministro detectou na colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu o centro do debate constitucional. Assim, teria que se definir se a ponderação conduziria à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deveria prevalecer tal liberdade.

Até este momento nota-se a adoção da teoria externa, dos direitos fundamentais como normas de princípios e, por conseguinte, da possibilidade de se realizar a ponderação de dois princípios constitucionais.

Porém, na análise do suporte fático, o respectivo Ministro utilizou-se de uma restrição a tal suporte a partir de uma interpretação histórico-genética. Sendo assim, o Ministro Marco Aurélio, para restringir o âmbito de proteção da norma de combate ao racismo, alegou nada ter encontrado na análise dos Anais da Constituinte, “(...) qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora discutido o racismo. A explicação, para mim, é evidente. É que a Constituição de 1998 é uma Constituição do povo brasileiro, para ser aplicada e tendente a resolver os nossos próprios problemas”.⁴⁵⁵

Ora, será então, a partir desse raciocínio, que o Brasil nada tem a ver com os problemas de racismo e de perseguição ao povo judeu, ou a qualquer outro que sofra qualquer tipo de discriminação?

de Mello e Gilmar Mendes, em “detrimento” dos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Cezar Peluso, vez que aqueles trouxeram (explicitamente) pontos abordados ao longo dos *Capítulos I e II* deste trabalho. Por esta mesma razão que não se analisou a integralidade de cada um dos votos selecionados, mas tão somente os pontos de maior relevo para os objetivos propostos por este texto.

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 60-61.

Outra contradição está no fato do Ministro Marco Aurélio não aceitar a chamada *tese subjetivista* na interpretação constitucional (busca inquirir a vontade do legislador constituinte originário). Contudo, busca citações do Diário da Assembléia Nacional Constituinte para buscar a vontade do legislador.⁴⁵⁶

O Ministro defendeu a autonomia do pensamento individual como uma forma de coibir toda e qualquer forma de tirania. Para o citado Ministro, ao fazer referência a Stuart-Mill: “Proteger a liberdade, para ele, não é somente se manifestar em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas principalmente lutar contra quem quiser restringi-la”. Defendeu a tese de que o paciente apenas exerceu um direito próprio, qual seja, o de pensar diferente, o que nada tem de discriminação. Por esta razão, a liberdade de expressão só pode ser restringida em casos excepcionais, uma vez em que esteja presente o abuso do direito. No caso em tela, ao menos para o Ministro Marco Aurélio, tal abuso não se configurou

No final, o Ministro, ao conceder o *HC*, constrói interpretação ao texto constitucional, objetivamente no artigo 5º, inciso XLII, e fundamenta a respectiva decisão no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do delito, ou seja, não negou a existência de um delito, mas tão somente aceitou a tese da prescrição; em um crime imprescritível. Para justificar, afirma: “(...) a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro”.⁴⁵⁷

É preciso lembrar que o Decreto 65.810/69, incorporou, no ordenamento brasileiro, a Convenção Internacional da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), e o artigo 1º.I deste documento é por demais claro no que diz respeito a discriminação racial.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 85.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Voto do Ministro Marco Aurélio, p. 66-67.

⁴⁵⁸ “Na presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

3.6.2.2. A teoria do suporte fático restrito: considerações no voto do Ministro Moreira Alves

Por sua vez, em caminho parecido com o do Ministro Marco Aurélio, o Ministro Moreira Alves, vez que também concedeu a ordem, entendeu o relator que a condenação da prática de racismo, nos termos da Constituição do Brasil, deve ser interpretada de forma a compatibilizar seu suporte fático com a vontade do legislador. Diante disso, o respectivo Ministro entendeu que práticas de discriminação contra judeus ou outros grupos, das mais diversas etnias, não estaria incluída no âmbito da proteção desta norma, até porque, tal dispositivo visa combater tão somente a discriminação contra negros.

Dessa forma, mais uma vez, tem-se, no Supremo Tribunal Federal, a adoção de um suporte fático restrito, em que condutas perfeitamente possíveis de serem tuteladas, simplesmente, por alguma razão, não o são.

Torna-se perceptível o problema do subjetivismo em determinar o que faz parte e o que não faz parte do suporte fático restrito.

Todavia, o Ministro, em clara defesa da dignidade da pessoa humana, afirmou:

Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentro outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.

Tal qual o Ministro Marco Aurélio, Moreira Alves também não negou a existência do delito, mas aplicou a tese da prescrição. Ambos os Ministros

utilizaram-se de uma interpretação minimalista e extremamente restritiva sobre o que venha a ser a prática do racismo. Celso Lafer, esclarece:

O seqüenciamento do genoma humano confirmou que só existe uma raça – a raça humana. Assim, é certo que os judeus não são uma raça, mas não são uma raça os brancos, os negros, os mulatos, os índios, os ciganos, os árabes e quaisquer outros integrantes da espécie humana. Todos, no entanto, podem ser vítimas da prática de racismo.

(...)

Assim, qualificar o crime da prática do racismo a partir de ‘raça’ é esvaziar o conteúdo jurídico do preceito constitucional.⁴⁵⁹

Sendo assim, as críticas endereçadas ao voto acima também são válidas, em boa parte, para este voto. Além do que, foram teses flagrantemente minoritárias no plenário da Suprema Corte.

3.6.2.3. O voto absolutório: críticas ao posicionamento do Ministro Carlos Ayres Britto

O próprio HC impetrado em favor de Ellwanger reconhecia a prática de um crime, qual seja, o incitamento contra o povo judeu. Porém, defendia a tese de não se encaixar na prática de racismo e, tão logo, não ser imprescritível. Porém, *ex officio*, o Ministro Carlos Ayres Britto absolveu o paciente por falta de tipicidade de conduta. Tamanha a perplexidade na posição do respectivo Ministro que Celso Lafer afirmou: “Esta absolvição é surpreendente, pois os livros que Ellwanger edita e aquele que escreveu, Holocausto – Judeu ou Alemão – nos bastidores da mentira do

⁴⁵⁹ LAFER, Celso. Análise e interpretação do art. 5º, XLII da Constituição de 1988 sobre o alcance e significado do crime da prática do racismo, uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC 82424-2. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 472.

século, são todos um inequívoco, sistemático e monotemático incitamento contra os judeus”.⁴⁶⁰

Em resposta ao voto do Ministro Britto, a Ementa do Acórdão relatado pelo Ministro Maurício Corrêa afirmou:

15. “Existe um nexu estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

Em outras palavras, ao afirmar pela atipicidade da conduta de Ellwanger, o Ministro Britto percorreu um perigoso caminho, qual seja, da plena possibilidade de se interpretar a história, mas, jamais de nega-lá, sob pena de flagrante hipocrisia.

No momento em que absolveu Ellwanger, o Ministro Britto endossa tanto a legalidade quanto a legitimidade na conduta do paciente.⁴⁶¹ Na análise das restrições, a declaração de atipicidade da conduta volta-se para com a idéia defendida pela teoria interna, dos limites imanentes e, em decorrência, da aproximação a um suporte fático restrito.

3.6.2.4. O voto do Ministro Maurício Corrêa: algumas imperfeições técnicas

Nas palavras do Ministro Maurício Corrêa, “A previsão de liberdade de expressão não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 485.

⁴⁶¹ Ibidem, 489.

exemplo, com os delitos contra a honra”. Com o devido respeito, inúmeras imperfeições técnicas aparecem neste trecho. Explica-se: Como já abordado no *Capítulo I*, no momento em que se entende e utiliza-se da teoria dos princípios, conforme a construção de Robert Alexy, por decorrência lógica, aceita-se, também, a teoria externa e a existência de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais.⁴⁶² Sendo assim, é preciso que se aceite um direito fundamental *prima facie*.

Nesses moldes, um suporte fático amplo requer um amplo direito de liberdade, por exemplo. E, para um conceito amplo de liberdade, *prima facie*, até mesmo as condutas imorais ali estariam. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma: “a liberdade de expressão protege, por exemplo, um direito à calúnia, à injúria e à difamação. Ainda que possa soar estranho em um primeiro momento, isso é necessário para a coerência da teoria”.⁴⁶³

Em outra passagem, tem-se que: “um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”.⁴⁶⁴ Visivelmente tem-se uma exclusão *a priori* de condutas do âmbito de tutela do direito fundamental a liberdade de expressão.

Após se analisar a visível exclusão *a priori*, tem-se, também, um bom exemplo sobre os limites imanentes. O mesmo Ministro afirma: “Como sabido, tais garantias, [liberdade de expressão e pensamento] como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os traçados pela própria Constituição Federal”.⁴⁶⁵

Mais uma vez ressalta-se que, quer seja através da teoria interna, quer seja através da teoria externa, é possível se alcançar a mesma conclusão, porém, utilizando-se de meios distintos para se percorrer o mesmo caminho.

O caso Ellwanger demonstrou que além de serem limitados, os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um disfarce para que se materializem ilicitudes. Utilizando-se das palavras do Ministro Celso de Mello, no que tange a restrição de direitos fundamentais: “É por tal razão que esta Suprema Corte

⁴⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 153.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 153.

⁴⁶⁴ RTJ, 179, 225 (270)

⁴⁶⁵ RTJ 188, 848 (891).

já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (...).⁴⁶⁶

Incitar o ódio, o racismo e a intolerância, além de uma conduta desprezível, em nada contribui para a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da própria democracia.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso Ellwanger, além de promover os direitos fundamentais, deixou uma mensagem não só para a geração atual, mas também para a futura, em que não se admitirá qualquer prática caminhe de encontro com a dignidade da pessoa humana.

3.6.2.5. O voto do Ministro Celso de Mello: adoção da teoria interna e dos limites imanentes

O Ministro Celso de Mello votou pela denegação da ordem no *habeas corpus*. Afirmou, categoricamente, que a liberdade de expressão é importante, mas não se reveste de caráter absoluto, vez que sofre limitações tanto de natureza ética quanto de caráter jurídico.⁴⁶⁷

Afirmou o Ministro que a liberdade de expressão não abrange a incitação ao ódio. Por essa razão, afirma que no caso em tela não se poderia admitir a colisão entre a dignidade do povo judeu e a liberdade de expressão do paciente, uma vez que a conduta praticada por ele sequer adentrou na esfera da liberdade de expressão: “É por tal razão que enfatizei que a incitação ao ódio público contra o povo hebreu não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”.⁴⁶⁸

É cristalina a adoção da teoria interna pelo Ministro Celso de Mello. Como já afirmado no *Capítulo II*, para esta teoria, não há de que se falar em conceitos autônomos de direito individual e de restrição, mas sim, na idéia de um

⁴⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003.

⁴⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Confirmação de voto do Ministro Celso de Mello, p. 04.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 05-06.

direito individual já com o seu próprio conteúdo determinado. A teoria interna pressupõe “(...) a existência de um direito com conteúdo predeterminado constitucionalmente, de maneira que toda posição que exceda tal âmbito de proteção não será objeto de tutela jurídica.”⁴⁶⁹ Diante disso, aquilo que seria entendido como restrição passa a ser concebido como limite.⁴⁷⁰

Finalizou o voto ao afirmar que:

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana (...).⁴⁷¹

3.6.2.6. O voto do Ministro Gilmar Mendes: o emprego do princípio da proporcionalidade

Ao denegar a ordem, afirmou o Ministro Gilmar Mendes que a discriminação racial compromete um dos pilares da democracia, qual seja, a igualdade. Afirmou ainda, que no presente caso instaurou-se uma colisão de direitos fundamentais e, diante disso, o emprego do princípio da proporcionalidade era medida que se fazia necessária.

Para o Ministro se fazia necessário discutir a medida da liberdade de expressão admitida sem que isso levasse a intolerância e ao racismo.⁴⁷²

⁴⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 244.

⁴⁷⁰ Entre tantos autores nacionais cita-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 300.

⁴⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Confirmação de voto do Ministro Celso de Mello, p. 07.

⁴⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Voto vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 20.

Para aferir o peso relativo de cada direito fundamental em conflito, a aplicação do princípio da proporcionalidade era imprescindível:

(...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).⁴⁷³

Com o intuito de verificar se a decisão que havia condenado o paciente observava o princípio da proporcionalidade, Gilmar Mendes passou a analisar cada um dos três sub-princípios.

Com o intuito de se salvaguardar uma sociedade pluralista, a condenação do paciente foi medida adequada. Assim como adequada, entendeu o Ministro pela necessidade da condenação, uma vez que não existia outro meio menos gravoso e igualmente eficaz: “Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão”.⁴⁷⁴

Por último, restava analisar se a decisão condenatória havia respeitado a proporcionalidade em sentido estrito. Para o Ministro, era necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo a que se perseguia, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade plural, a própria dignidade da pessoa humana, e o ônus à liberdade de expressão referente ao paciente:

Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Voto vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 23.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 34.

de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão em espécie.⁴⁷⁵

Após percorrer o caminho da análise dos três subprincípios da proporcionalidade, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que a decisão condenatória não feria o princípio da proporcionalidade.

3.6.3. Considerações finais sobre o julgamento do caso Ellwanger

O caso Ellwanger demonstrou que além de serem limitados, os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um disfarce para que se materializem ilicitudes. Incitar o ódio, o racismo e a intolerância, além de uma conduta desprezível, em nada contribui para a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da própria democracia.

As ofensas ao povo judeu (ou a qualquer outro) em nada contribuem para a democracia, não proporcionam desenvolvimento, pelo contrário, atrasa todo um processo de coesão, de respeito ao próximo e de promoção da dignidade da pessoa humana.

Por fim, já com o término da 2ª Guerra Mundial, algumas suásticas surgiram nos muros da Europa e, Norberto Bobbio, em discurso na Sinagoga de Turim, conforme conta Celso Lafer, afirmou:

O nosso dever é o de afirmar que não existem raças, mas seres humanos; que o ódio racial é um dos mais terríveis flagelos da humanidade; que a expressão mais violenta do ódio racial foi o Estado hitlerista; que a aparição de

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82424 / RS. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 17/09/2003. Voto vista do Ministro Gilmar Mendes, p. 34.

uma suástica é uma sombra da morte. Cabe aos homens de boa vontade cancelá-la, num pacto de solidariedade.⁴⁷⁶

Acertadamente caminhou o Supremo Tribunal Federal ao restringir o discurso de ódio. Além de promover os direitos fundamentais, a Suprema Corte deixou uma mensagem não só para a geração atual, mas também para a futura, em que não se admitirá qualquer prática que caminhe de encontro com a dignidade da pessoa humana.

Considerações finais

Ao final, as principais idéias desenvolvidas neste trabalho passam a ser demonstradas. Por evidente, as considerações aqui registradas não possuem a intenção de serem absolutas, mas, uma forma de promover a continuação do debate envolvendo os direitos fundamentais, assim como, os demais temas correlatos.

1) Uma das notas marcantes da Constituição e, tão logo, do Estado Democrático de Direito, é a existência de um rol que declare direitos e garantias fundamentais. Tamanha é a importância dos direitos fundamentais que, com o intuito de se afastar qualquer interpretação inadequada, afirma-se que tais direitos não mais comportam o discurso de serem, tão somente, normas de conteúdo programático, ou seja, desprovidos de conteúdo normativo. No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais requerem normas de conteúdo vinculante.

2) Para este trabalho, nos termos da fundamentação estrutura na *ponto 1.2*, confirma-se o emprego da expressão direitos fundamentais por algumas razões: i) a manutenção da harmonia com o próprio texto constitucional brasileiro – ainda que já tenha sido mencionado o emprego de demais vocábulos; ii) a

⁴⁷⁶ LAFER, Celso. Análise e interpretação do art. 5º, XLII da Constituição de 1988 sobre o alcance e significado do crime da prática do racismo, uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC 82424-2. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004, p. 490.

capacidade de abranger os direitos individuais e políticos, sociais, de liberdade, além de outros; iii) a distinção desses direitos para todos os demais do ordenamento jurídico, vez que se está a estudar os direitos que gozam de força e proteção constitucional, freando, inclusive, a atividade opressora do legislador ordinário; iv) é expressão adotada por inúmeras Constituições européias, dentre elas a Lei Fundamental da Alemanha (1949), Constituição Portuguesa (1976), Constituição da Espanha (1978); v) e, por fim, é termo utilizado pela moderna doutrina mundial.

3) No estudo das três perspectivas (filosófica, universalista e estatal), adotou-se a de cunho estatal. Justifica-se o não se perfilar junto às correntes filosóficas e universalistas pelas seguintes razões: i) o ingresso na primeira ocasionaria uma transferência das questões fixadas no plano jurídico para o metajurídico; ii) adotar a segunda traria uma inviabilidade para o presente trabalho, assim como a modificação plena do objeto de estudo deste, em face do prisma global dos direitos universais do homem.

4) Entende-se pela inexatidão do termo *gerações* de direitos fundamentais, tendo em vista a possibilidade de uma transmissão de idéia equivocada, na qual esses direitos seriam superados com o passar do tempo, em que uma geração sobreporia a outra, afastando a complementaridade e a cumulatividade. Por tal razão, emprega-se o vocábulo *dimensões* de direitos fundamentais.

5) Os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam como um escudo de defesa utilizado pelo indivíduo em face das investidas tirânicas e abusivas cometidas pelo Estado. Esses direitos são ligados, em geral, à idéia inicial do lema da Revolução Francesa, a liberdade. Os direitos pertencentes ao rol da primeira dimensão surgem, principalmente, da luta pela separação do poder político, da igreja e do combate aos mandos daquele que era o soberano. A nota marcante dos direitos de primeira dimensão é a criação de uma área protegida por um *cordão de isolamento jurídico* em face do Estado. Figurativamente, como se criasse, ao redor de cada direito uma bolha juridicamente delimitada ou delimitável apta a conter investidas ilegítimas quer seja de outros particulares, quer seja dos entes estatais.

6) No rol dos direitos fundamentais de primeira dimensão o titular é o homem, o indivíduo que os opõem frente aos mandos e desmandos estatais, é o ser humano caminhando de encontro ao arbítrio do Estado. Por essa razão são também

chamados direitos de resistência. A sociedade (o homem) e o Estado são nitidamente diferenciados.

7) Pode-se afirmar com ampla segurança que à luz do direito constitucional brasileiro, os direitos fundamentais não formam um sistema em separado, estanque, cerrado para com o restante do texto constitucional e até mesmo para com o direito internacional, ou seja, os direitos fundamentais não formam um rol taxativo.

8) Entende-se o § 2º do artigo 5º como uma válvula aberta para a oxigenação do regime jurídico dos direitos fundamentais. O caráter da abertura é além de mecanismo para acompanhar a evolução jurídica, um importante fator de proteção ao ser humano, pois, se assim não o fosse, inviabilizada estaria a aplicação desses direitos em face de casos inéditos, em que a complexidade necessite do nascer de novos direitos ou, no mínimo, de uma redefinição no alcance da aplicação.

9) Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles expressamente consagrados na constituição formal. Aqui, estão inseridos os direitos que possuem a forma constitucional, ou seja, são aqueles enunciados tutelados por normas de valor constitucional formal. Por sua vez, os direitos materialmente fundamentais, sendo aqueles que a Constituição admite como tais, tendo em vista as regras aplicáveis do direito internacional. Dessa forma, constata-se que a Constituição admite direitos fundamentais que não estejam, necessariamente, formalizadas em seu próprio texto.

10) Tamanho foi o zelo do constituinte em evitar manobras de terceiros que viessem a aspirar o esvaziar desses que a Constituição determinou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nos termos do artigo 5º, §1º. É importante frisar que essa busca por conferir uma ampla efetividade aos direitos fundamentais, acabou por consagrar um princípio constitucional inédito na história do Brasil. Quando se trabalha com a ordem do aplicar imediato, evita-se o esvaziamento do direito fundamental que, conforme interesses ordinários poderia ser vítima de atividades legislativas limitadoras no sentido pejorativo. A regra não pode ser pela imprescindível complementaridade, mas por existir uma vocação que confere poderes suficientes para o pronto agir, estando aptos a atuar para proteger o necessitado. Pela defesa ao Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa

humana, afasta-se veementemente toda e qualquer argumentação/ação tendenciosa a obstar a aplicação dos direitos fundamentais.

11) Não parece ser condizente com o constitucionalismo pátrio a tese de que o Constituinte foi além do que realmente desejava, que disse mais do que deveria dizer e, por essa razão o §1º do artigo 5º seria um dispositivo vazio, uma letra morta, vez que não seria apto a transformar normas constitucionais programáticas em dispositivos de eficácia constitucional plena. Além de ser posição por demais restritiva, soa também como tese de um alto grau de pessimismo, até porque, ainda que seja uma Constituição analítica, não há nada no texto constitucional de 1988 que não possua uma razão de ser. Por assim, defende-se a posição na qual o artigo 5º, §1º da Constituição é norma de conteúdo principiológico, ou seja, é um *mandado de otimização*, no qual a todos os órgãos do Estado possuem o dever de reconhecer e conferir a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

12) Com a opção do constituinte originário, quer aceite ou não parte da doutrina, tem-se que a Constituição possui algumas normas impossíveis de sofrerem qualquer restrição, a não ser mediante a instalação de outra Assembléia Constituinte. Essas normas são as responsáveis por edificarem os limites materiais da reforma constitucional ou, simplesmente, denominadas de cláusulas pétreas. A tese da dupla revisão (revisão bifásica ou processo de emenda em duas etapas) é sedimentada num argumento malicioso. Com o devido respeito, a dupla revisão é uma *fraude Constitucional mascarada!*

13) Parece mais adequada a posição doutrinária embasada não na interpretação literal e restritiva, mas na interpretação sistêmica da Constituição, em que o manto das cláusulas pétreas se estenderia para os demais direitos fundamentais, e não somente ao artigo 5º e respectivos incisos (direitos e garantias individuais).

14) O fato da Constituição elencar a forma federativa de Estado, a separação de poderes, o direito ao voto e os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas não veicula, por si só, a autodeterminação das demais gerações, não obsta ou impede o desenvolvimento daqueles que são posteriores à Assembléia Nacional Constituinte. A interpretação aplicada ao artigo 60, §4º da Constituição não pode ser absoluta, sob pena de ser instituído *o governo dos mortos sobre os vivos*. É

possível admitir que a emenda constitucional que modifique um direito fundamental não será, necessariamente, inconstitucional. Tão logo, será constitucional a emenda que observar os chamados *limites dos limites*, quais sejam, dentre outros: o princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção do núcleo essencial. Caso não seja esse o entendimento, deve-se ressaltar para o risco de toda e qualquer modificação num direito fundamental ser declarada como inconstitucional, inviabilizando, por completo, qualquer avanço da Constituição para com a sociedade.

15) Por decorrência, pode-se afirmar que as cláusulas pétreas, tecnicamente, não tutelam o direito fundamental, mas, antes disso, o *núcleo essencial deste direito fundamental*. Pois, se assim não fosse, toda restrição seria inconstitucional.

16) Pode-se afirmar que a concepção atual dos direitos fundamentais traz consigo uma dupla qualificação, ou seja, os direitos fundamentais são concebidos como direitos de liberdade, em que o titular desse direito o aponta para o Estado e, por outro lado, como normas objetivas de princípio e decisões axiológicas que possuem validade em todo o âmbito do Direito. Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais não mais serão concebidos apenas do ponto individual, atomizado no homem; ao contrário, valem juridicamente também perante a sociedade. Ao se falar em direitos fundamentais na categoria de direitos subjetivos deve-se ter em mente a possibilidade do titular desse direito opô-lo judicialmente perante terceiro, quer seja outro particular ou, até mesmo, o Estado.

17) De fundamental importância é a compreensão dos direitos fundamentais como um todo, ou seja, sem a pré-análise excludente ora da perspectiva objetiva pela subjetiva ou ao contrário. Todavia, é evidente que em alguns momentos é conferida maior relevância a uma em detrimento da outra, fato esse que não exterioriza qualquer preferência, senão uma simples questão metodológica.

18) Os direitos fundamentais, após vincularem os poderes públicos - chamada eficácia vertical - passaram a exercer influência também na denominada esfera jurídico-privada. Ou seja, nasce a eficácia vinculante entre os particulares. Por dever de delimitação, nesse ponto afastam-se todos os direitos fundamentais que, pela natureza, tenham por destinatário exclusivamente os órgãos estatais.

19) Diante de um sistema normativo de regras e princípios, as normas tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de

regras. Regras e princípios são duas espécies filiais de um mesmo gênero, a norma jurídica. Em conseqüência, distinguir entre regras e princípios é fazer uma diferenciação entre tipos de normas.

20) As regras determinam direitos (ou impõem deveres) definitivos, já os princípios estabelecem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*. Sendo assim, os princípios sempre trarão consigo uma ordem que algo deve ser realizado na maior medida possível, sempre tendo em vista a situação do caso concreto (possibilidades fáticas e jurídicas). Não são ordens definitivas, mas tão somente *prima facie*. O princípio admite que, diante do caso concreto, ceda para que outro princípio ali atue, sem com isso afetar o próprio conteúdo. Em resumo, ao contrário do que ocorre com as regras, os princípios podem perfeitamente serem realizados em diversos graus.

21) Na diferença entre normas que são 'regras' e as que são 'princípios', as normas de direitos fundamentais são, para este trabalho, consideradas como normas de princípios.

22) Nota-se que diante de um caso de colisão entre princípios, estes sobrevivem intactos, mesmo que não venham a prevalecer no caso concreto. Quando entram em rota de colisão, interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula em absoluto. Forma-se um sistema de pesos, ou seja, naquele caso concreto determinado, o princípio de maior peso será preponderante sobre os demais. Nessa linha de raciocínio, adota-se a denominada *relação de precedência condicionada*. Ou seja, há uma determinação na relação de precedência condicionada na qual, conforme o caso concreto, indicam-se as condições as quais um princípio precederá o outro. Conforme estas condições (e tão logo o caso concreto), a questão da precedência poderá ser solucionada de outra forma.

23) Quando dois princípios entram em colisão um deles terá que ceder para o outro. Dessa forma, os critérios clássicos de resolução de conflitos (cronológico, hierárquico e da especialidade) não estarão aptos a pacificar as colisões entre princípios.

24) Inúmeros são os pontos que justificam a característica da limitabilidade dos direitos fundamentais. O homem vive e convive com seus pares,

convive em sociedade, razão pela qual os direitos/deveres de cada um precisam estar em harmonia para com os deveres/direitos de todos os outros membros dessa coletividade. A própria dogmática constitucional faz com que os direitos fundamentais passem a ser relativos, pois, uma vez positivados, os limites passam a ser inevitáveis, além do que o direito fundamental acaba por encontrar seu próprio limite no momento em que se encerra seu alcance material.

25) Mais uma vez se deixa claro que a regra é sim pela limitabilidade, pela flexibilidade, porém, há exceções. Mesmo que escassos, existem direitos do homem válidos em todas as situações, para todos os seres humanos, sem qualquer possibilidade de restrição. Ou seja, entende-se pela tese de que existem direitos fundamentais que não concorrem com outros direitos igualmente fundamentais. São os direitos insuscetíveis de serem limitados, quais sejam: *o direito a não ser escravizado, bem como, o direito de não ser torturado.*

26) No Direito Internacional também há a possibilidade de restrição. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) é uma referência quanto à existência de uma restrição legal (expressa) em face ao sistema dos direitos fundamentais – artigos 4º.e 10. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o artigo 29 traz em si uma cláusula geral de limitação. A título exemplificativo pode-se citar, também, o artigo 4º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, além do artigo 15º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

27) O âmbito de proteção de um direito fundamental não é sinônimo da proteção definitiva, fato esse que remete ao estudo do caso concreto. Por essa razão, tão somente em linhas gerais, pode-se estabelecer a noção de que quanto maior for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior será a possibilidade de um ato de restrição estatal.

28) Nas *restrições diretamente constitucionais* a própria Constituição, de forma direta e expressa, impõe limites para aqueles que viessem a exercer os direitos constitucionalmente assegurados já na própria definição da garantia, ou em norma autônoma. As *restrições indiretamente constitucionais* são aquelas em que a imposição é autorizada pela Constituição e, tais restrições são estabelecidas por normas não mais de *status* constitucional, mas infraconstitucional. Assim, nas restrições diretamente constitucionais é a própria Constituição que impõe

a limitação, enquanto que nas restrições indiretamente constitucionais não há mais imposição, mas autorização para restringir.

29) Norma legal restritiva é aquela que busca limitar ou restringir posições incluídas no domínio de proteção de um direito fundamental. Por sua vez, as normas legais conformadoras são aquelas que complementam, precisam, concretizam ou definem o real conteúdo de um direito fundamental.

30) O suporte fático dos direitos fundamentais pode ser compreendido em *suporte fático abstrato* e *suporte fático concreto*. *Abstrato* será aquele formado por fatos ou atos descritos em norma que, quando presentes, gera uma consequência jurídica. *Concreto* é aquele que produz efeitos concretos dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, regulou. Outro ponto importante está no que diz respeito ao *suporte fático restrito* e ao *suporte fático amplo*. *Restrito* será aquele que, de antemão, exclui determinadas ações do âmbito de proteção de um direito fundamental. A dificuldade para esta teoria está em fundamentar o que se inclui e o que está excluído do âmbito de proteção de um dado direito fundamental. Por sua vez, no *amplo*, não há exclusão inicial, mas uma atividade argumentativa no momento em que se opera a intervenção. Para que não paire dúvida, este trabalho entende ser mais adequado o caminho do suporte fático amplo, haja vista maior proteção ao direito fundamental do que a fornecida pelo suporte fático restrito.

31) A expressão *limites dos limites* tornou-se difundida após a conferência sobre os limites dos direitos fundamentais apresentada por Karl August Bettermann, na sociedade jurídica de Berlim (1964). Conforme Bettermann, a Constituição estabelece condições (materiais e formais) para que a intervenção legislativa no âmbito dos direitos fundamentais seja admissível. Ainda que não exista um consenso sobre quais são os reais limites dos limites dos direitos fundamentais, está é a expressão não só largamente utilizada pela doutrina, mas também a expressão que traduz a idéia de um conjunto de obstáculos normativos que visam restringir toda e qualquer atividade do Estado que busque limitar os direitos fundamentais.

32) Para a *teoria interna*, não há de que se falar em conceitos autônomos de direito individual e de restrição, mas sim, na idéia de um direito individual já com o seu próprio conteúdo determinado. Diante disso, aquilo que seria entendido como restrição passa a ser concebido como limite. Para a teoria interna,

não há duplicidade de objetos, só existe o direito com os seus próprios limites imanentes.

33) Pode-se concluir que os direitos definidos mediante a teoria interna possuem a estrutura de regras. Tem-se como verdadeira a citada afirmação tendo em vista que a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos, além do que, não recebe qualquer influência de possíveis colisões posteriores. Por essa razão, aplica-se o raciocínio do “tudo ou nada” e não do sopesamento. Em síntese, os direitos que se garantem mediante regras são necessariamente direitos não restringíveis, que devem ser entendidos nos domínios da teoria interna. Nessa teoria, nada há que se falar em direito *prima facie* que, diante do caso concreto, não foi tutelado.

34) Por outro lado, quando se estuda a teoria externa, imediatamente surgem dois elementos: o direito propriamente e suas restrições. Dessa forma, primeiramente há o direito em si, não restringido e, em segundo momento, a possibilidade do direito ser restringido. A teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes: o primeiro é o objeto de direito *prima facie* (o direito não limitado), o segundo é a restrição desse direito. A partir do resultado da restrição é que se obtém o direito definitivo ou limitado. Neste momento é necessária a utilização do princípio da proporcionalidade.

35) É possível afirmar o fato de diferentes teorias poderem levar a uma compreensão semelhante de determinado fenômeno, e até mesmo possibilitar resultados finais semelhantes, para não se afirmar idênticos. Adotar a teoria interna ou a teoria externa fará diferença, por exemplo, na fundamentação da decisão judicial, não necessariamente no resultado. Para o presente trabalho, afasta-se a teoria interna e adota-se a teoria externa, com base nos seguintes argumentos: entende-se os direitos fundamentais a partir de sua conceituação como princípios, ou seja, mandamentos de otimização. Razão pela qual inviabiliza a compatibilidade com a noção de limites imanentes. Não se admite também a idéia de limites imanentes com a exigência de sopesamento. Adotar a teoria externa é possibilitar um maior controle racional das atividades dos Poderes Públicos, coibindo práticas e discursos retóricos que em nada fundamentam decisões restritivas.

36) Entende-se que o princípio da proporcionalidade, para se solucionar casos de colisões entre direitos fundamentais, não decorre

necessariamente de um dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais. A partir do momento que se compreende os direitos fundamentais como princípios, com base na já exposta teoria de Robert Alexy, então se admite que esses são mandamentos de otimização, ou seja, normas que visam a realização de algo na máxima medida do possível. Sendo assim, a análise da proporcionalidade é a forma pela qual se busca a citada otimização no caso concreto. Ainda que não seja tema pacífico, entende-se que o princípio da proporcionalidade é composto por outros três subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

37) Na adequação há uma relação entre o meio e o fim da seguinte forma: o meio escolhido deve alcançar o fim almejado da forma mais eficaz possível. Nesse sentido, o exame da adequação trará a invalidade da medida adotada pelo Poder Público quando a incompatibilidade entre o meio e o fim for evidente.

38) O subprincípio da necessidade é também compreendido como *princípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, da intervenção mais restringida possível e do direito à menor desvantagem possível*. Tem-se que o ato estatal que venha a limitar um direito fundamental só será declarado como necessário se a realização do que é pretendido não possa ser promovida, mantida a intensidade, por meio de outro ato que venha a limitar, em menos medida, o direito fundamental em tela. Assim, uma medida legislativa é necessária quando não pode ser escolhida outra medida igualmente efetiva que venha a limitar em menor proporção o direito fundamental.

39) Pode-se perceber que entre o estudo da adequação e da necessidade tem-se que a primeira é caracterizada por um exame absoluto, enquanto que a segunda é necessariamente comparativa. Uma medida qualquer será adequada ou não adequada, não se comporta o “mais ou menos” adequada. Entretanto, para que seja necessária, há que se comparar a medida em tela com outra para aquela mesma situação.

40) Não basta tão somente o cumprimento da adequação e da necessidade, pois além da medida que vise restringir um direito fundamental para promover outro direito fundamental deverá se encaixar nos ditames da proporcionalidade em sentido estrito para, só assim, ser considerada como proporcional. Aqui se visualiza a ponderação de bens propriamente dita. Sendo

assim, a tutela de um bem jurídico deve ser a menos gravosa para aqueles que serão restringidos.

41) Após os estudos dos três subprincípios, pode-se afirmar que para se conformar ao princípio da proporcionalidade, a norma jurídica deverá ser, ao mesmo tempo, adequada aos fins desejados, menos onerosa possível e trazer benefícios maiores do que os malefícios provocados.

42) Há décadas que o Supremo Tribunal Federal aplica (mas não explica) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Além de não serem sinônimos, o Supremo aplica o princípio da proporcionalidade, ainda que em alguns casos o confunda com a mera razoabilidade mas, como se não bastasse, não explica, não demonstra as razões quer sejam de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que o fizeram assim julgar. O ato de meramente afirmar, desacompanhando de uma explicação lógica, racional, em nada contribuir para o desenvolvimento da matéria. Utilizar-se do princípio da proporcionalidade como um recurso meramente retórico é ato reprovável, pois encobre toda a necessária aplicação sistemática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serranos Nunes Junior. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Direitos da personalidade na Constituição Federal de 1988 In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA n.º 215, jan/mar 1999.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. In: *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n.º 23, 1998.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BEZERRA, Paulo. Solidariedade: um direito ou uma obrigação? In: *Direitos humanos e democracia*. Coordenadores: Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Dicionário de política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. 12. ed. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. Do absolutismo ao constitucionalismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRUGGER, Winfried. A pessoa humana dos direitos humanos. In: *Cadernos da Escola de Direito e relações internacionais da UniBrasil*. v. 5, n. 5, (jan/dez., 2005). Curitiba: Paraná, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina. 2002.

_____. *Estudos sobre direitos constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Fundamentos da Constituição*. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume 1. Gomes Canotilho, Vital Moreira. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freire. In: Sérgio Sérulo da Cunha e Eros Roberto Grau. (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004.

_____. Teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito – estudos em homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Teoria geral do direito constitucional*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. nº 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. n. 13. out/set. São Paulo, 1995.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Proteção e garantia dos direitos humanos: alguns aspectos da atuação do Ministério Público. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 10. n. 41. out./dez. 2002.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. CEPC, Madrid, 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 10. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma de direito fundamental e o direito tributário. In: FALCÃO, Raimundo Bezerra; OLIVEIRA, Maria Alessandra Brasileiro de. (Org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Hugo de Brito Machado*. Fortaleza: Imprensa da Universidade Federal do Ceará, 2003.

_____. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez. (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HONESKO, Vítor Hugo Nícastro. *A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

_____. Análise e interpretação do art. 5º, XLII da Constituição de 1988 sobre o alcance e significado do crime da prática do racismo, uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC 82424-2. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília a. n. 41. out./dez. 2004.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

_____. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 6. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007.

MELLO, Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *O direito constitucional de reunião*. RJTJSP. vol. 54. São Paulo: Lex Editora, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. 2.^a Tir. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, 14, 2000.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933). In: *Separata: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLVI. n.º 1. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Manual de direito constitucional*, vol. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado nem para o outro. In: *Separata: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. vol. XLIV. n.º 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos & soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000.

MORAIS, José Luís Bolzan. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais, p. 12. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2000.

MORAL, Antonio Torres Del. *Introducción al derecho constitucional*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1996.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Jean Morange; tradução Eveline Bouteiller. São Paulo: Manole, 2004

MORILLO, Joaquin García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valência: Tirant lo Blanc, 1994.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NETO, João Pedro Gebran. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A constituição européia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Manifesto em favor da democracia (e dos direitos humanos) no Estado nacional, na comunidade internacional e na sociedade civil. In: Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. O positivismo de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e a Constituição como instrumento normativo superior positivado. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. Ano 8. n. 31. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-junho, 2000.

PRONER, Carol. Sistema internacional de proteção de direitos humanos: a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Cadernos da Escola de Direito e relações internacionais da UniBrasil*. v. 7, n. 7 (jan/dez., 2005). Curitiba: Paraná, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Temas clave de la Constitución Española*. Los derechos fundamentales. 6. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PINA, Antonio López. *Constitucionalismo y derechos fundamentales: estudio preliminar*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón (Coord.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2003.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas: e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional: esse novo personagem*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 30. Ano 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan/mar, 2000.

_____. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

RUBIO, David Sánchez. *Acerca de la democracia y los derechos humanos: de espejos, imágenes, cegueras y oscuridades*. In: *Anuário Ibero-Americano de direitos*

humanos. David Sánches Rubio, Joaquín Herrera Flores e Salo de Carvalho (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

_____. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: Daniel Sarmento. (Org.). *Interesse público versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, n.º 798, abr.2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

SOUZA, André Barbieri. A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social. In: *Direitos fundamentais e cidadania*. FACHIN, Zulmar. (Coord.); Acelino Rodrigues Carvalho... [et al] – São Paulo: Método, 2008.

SOUZA DANTAS, Luís Rodolfo de. Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas. In: Carlos Eduardo de Abreu Boucault, José Rodrigo Rodriguez (Org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría constitucional – teoria constituyente – poder constituyente: fundacional, revolucionario; reformador*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1975.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1988.

VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Dialogando sobre direitos humanos*. In: *Cadernos direito e cidadania*. I. São Paulo: IEDC e Artchip, 1999.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)