

A Teoria dos Direitos Fundamentais e suas Restrições

As normas consagradoras dos direitos fundamentais (explícitas ou decorrentes) exigem a combinação de princípios e métodos de interpretação que atentem para as suas peculiaridades e essencialidades, no âmbito do ordenamento jurídico, social e político para os quais projetam a sua eficácia.

As teorias dos direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado e Constituição. Isso significa que a interpretação da Constituição, no que tange aos direitos fundamentais, pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o caráter geral, finalidade e alcance intrínseco desses direitos.

Assim sendo, no que tange às teorias, os doutrinadores não utilizam as mesmas nomenclaturas para agrupar as concepções de direitos fundamentais. Neste trabalho, optou-se por dar preeminência às teorias apresentadas por Canotilho, tendo em vista a completude de suas listagens. O autor português cita como principais teorias acerca dos direitos fundamentais: a teoria liberal (essencialmente os direitos de autonomia e os de defesa); teoria da ordem de valores (direitos de caráter objetivo); teoria institucional (três dimensões: individual, institucional e processual); teoria democrática funcional (importância dos direitos fundamentais para o processo político-democrático); e a teoria socialista (pré-compreensão antropológica marxista).

Canotilho afirma que o principal postulado da teoria liberal dos direitos fundamentais é o de que os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado. Segundo esta teoria dos direitos fundamentais constituem essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa. Entre outras implicações, esta teoria informa que a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais são de natureza puramente individual, de forma que a liberdade garantida pelos direitos fundamentais consiste em uma liberdade pura, isto é liberdade em si, e, não, liberdade para qualquer fim.

A crítica que deve ser feita em relação a esta teoria é a de que ela implica uma indiferença em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e econômicos de realização da liberdade. Os fundamentos da teoria liberal dos

direitos fundamentais não são adequados para o âmbito de uma realidade constitucional que se assenta sobre o postulado do Estado Democrático de Direito.

A segunda teoria dos direitos fundamentais é a teoria da ordem de valores. Canotilho afirma que segundo tal teoria os direitos fundamentais apresentam-se como valores de carácter objetivo e, não, como direitos ou pretensões subjetivas. Vale notar que concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o sistema de pretensões subjetivas deduz-se que o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos através da realização, dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos.

Uma das críticas que se faz a esta teoria é a de que a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num sistema fechado, separado do resto da Constituição. (CANOTILHO, 1999). Além do mais, a teoria axiológica, ao mesmo tempo em que oferece uma solução para o problema da fundamentação dos direitos fundamentais, deixa vazia a fundamentação da própria ordem de valores na qual se pauta tais direitos, significando, na prática, uma fórmula fechada de decisionismo judicial a partir da ordem de valores escolhida pelo intérprete.

A teoria institucional aproxima-se da teoria da ordem de valores na medida em que nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjetiva. Mas vale anotar que a teoria institucional, ao contrário das teorias axiológicas, não procura uma ordem objetiva, mas sim o quadro definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. A esta teoria cabe o mérito de ter salientado a dimensão objetiva institucional dos direitos fundamentais, todavia há que se fazer uma reserva contra ela: a faceta institucional dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões destes direitos, ao lado das dimensões individual e social, como reconhece expressamente Häberle citado por Canotilho (1999).

A teoria social parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a dimensão individual, a dimensão institucional e a dimensão processual. Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe no que tange à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, restam algumas lacunas no que diz respeito a efetividade de seus corolários práticos

(CANOTILHO, 1999). A teoria social dos direitos fundamentais informa que tais direitos não têm somente um caráter delimitador-negativo, mas também, e ao mesmo tempo, pretensões positivas perante o Estado. Assim o Estado passa de uma posição passiva para uma posição ativa no que tange ao respeito dos direitos fundamentais.¹

A teoria social implica uma concepção socialista dos direitos fundamentais, a qual deve ser analisada levando em conta a pré-compreensão antropológica marxista. Para a teoria marxista, o homem tem que ser considerado na sua individualidade e personalidade, sendo a base das ações políticas e do próprio direito. O homem tem uma dimensão social a qual é essencial e faz com que não se possa bastar a si mesmo, e só se consiga transformar em homem total através de uma nova sociedade. Vale notar que a concepção socialista pretende ser uma concepção originária de direitos fundamentais que implicaria uma ruptura com as concepções liberais. Não se trata, pois, de apenas aperfeiçoar o catálogo de direitos fundamentais com os direitos sociais, econômicos e culturais, mas sim minimizar ao extremo a dimensão subjetiva de tais direitos e reduzir tais direitos à existência de condições materiais para sua efetivação. Nestes dois últimos pontos repousam as críticas a tal teoria. (CANOTILHO, 1999).

A teoria democrático-funcional acentua, particularmente, o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Esta teoria parte da idéia de um cidadão ativo, com direitos fundamentais postos ao serviço do princípio democrático. Na verdade, esta teoria propõe que os direitos sejam concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público, trata-se a liberdade como meio de persecução e segurança do processo democrático, o que torna patente o seu caráter funcional. (CANOTILHO, 1999).

Canotilho (1999) assinala que todas estas teorias não são um fim em si mesmas, mas que elas abrem caminho para a afirmação de que aos direitos fundamentais não se pode assinalar uma única dimensão e apenas uma função. A doutrina mais moderna tende para a atribuição aos direitos fundamentais de uma multifuncionalidade para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias

¹ Esta posição é defendida por Bockenförde Ernst W. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad: Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menendez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 64.

captam unilateralmente. Como conclusão desta parte de seu tratado sobre direitos fundamentais, Canotilho afirma a necessidade de uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base em uma Constituição positiva, vez que não é suficiente uma teoria de caráter exclusivamente doutrinário.

Quanto ao problema da livre escolha de uma das teorias dos direitos fundamentais, pode-se chegar à tentação de, caso a caso, mediante uma adaptação tópica, procurar a teoria mais adequada à solução concreta. Isto significaria não existir uma teoria dos direitos fundamentais conforme a Constituição, mas várias teorias iluminadoras da compreensão das normas Constitucionais. Canotilho, sobre esse assunto, assinala:

Aceitar esta conclusão seria não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, como reconhecer a inexistência de um pressuposto constitucional comum, vinculativamente operante na interpretação-concretização dos direitos fundamentais. E este pressuposto constitucional, comum e ineliminável, tendo em vista o caráter comprissório da Constituição e a síntese dialética por ela operada entre os direitos de várias gerações, dificilmente podem ser reconduzidos a esquemas teóricos puros. Estes apenas auxiliam na busca de uma compreensão material, constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Neste sentido, sim, torna-se necessária uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais, construída com base em uma constituição positiva, e não apenas uma teoria de direitos fundamentais de caráter exclusivamente teórico. (CANOTILHO, 1999, p.1309).

Já Alexy (1993) propõe uma definição provisória dos direitos fundamentais, afirmando que disposições de direito fundamental são os enunciados formulados no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, considerando, entretanto, também como norma de direitos fundamentais aquelas diretamente expressas por estes enunciados.

Partindo dessa definição, que o próprio Alexy (1993) chama de provisória, ele discorre sobre as 'as normas adscriptas' (decorrentes) de direito fundamental. Por normas decorrentes de direito fundamental deve-se entender aquelas que não são direta e expressamente estatuídas pelo texto constitucional no catálogo específico dos direitos fundamentais, mas que decorrem dos enunciados ali constantes.

Sobre as normas decorrentes, afirma Alexy (1993) que para que uma norma decorrente seja ou não considerada uma norma de direito fundamental depende da argumentação jusfundamental a ela subjacente.

A conclusão a que chega Alexy (1993) é a de que as normas de direitos fundamentais são todas aquelas com respeito as quais é possível uma concepção jusfundamental correta, levando em conta sempre o fato de tratar-se de uma norma de direito fundamental direta ou indiretamente estatuída (ou seja, expressa ou norma decorrente das normas expressas de direitos fundamentais).

Muller (2000)², que também parte de uma visão semântica da norma jurídica, distinguindo texto normativo e norma, para ele a definição de norma de direito fundamental deve apresentar-se em três graus. No primeiro, o conceito de norma de direito fundamental é estabelecido pelo Constituinte, no segundo, devem ser consideradas as normas que não são diretamente e expressamente estatuídas pelo texto constitucional (normas decorrentes), elas devem estar afirmadas nas normas de direito fundamental e com o ordenamento jurídico. E por último, Muller apresenta uma definição que se refere tanto às normas estatuídas quanto às normas decorrentes.

Muller (2000) sustenta desta forma, que uma norma jurídica é algo mais do que o seu texto literal, defendendo que uma teoria adequada da norma jurídica parte do princípio de que a norma jurídica também está determinada pela realidade social, ou seja, pelo seu âmbito normativo, e o conceito de âmbito normativo, tem uma importância central, não aparece na concepção apresentada por Alexy (1993) referente à norma de direito fundamental.

Pelo exposto, podemos perceber que ainda é relevante a concepção semântica da norma jurídica, principalmente no âmbito particular da norma jurídica consagradora de direito fundamental, tendo em vista que os doutrinadores mais expressivos que tratam do tema assim o defendem.

No âmbito dos direitos fundamentais, é preciso levar em consideração o papel do intérprete na conformação do conteúdo da norma, assim não pode ser desconsiderada a relação que existe entre o sujeito que interpreta e o objeto interpretado.

Destacamos todavia que a doutrina mais avançada sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais, tem optado pela concepção semântica da norma

² Vale registrar que se apresenta a teoria do professor Friedrich Muller, considerando a sua relevante contribuição para o desenvolvimento de uma teoria jurídica de aplicação e concretização das normas constitucionais, o que interessa em particular ao estudo dos direitos fundamentais.

jurídica, segundo a qual para além do texto normativo há um significado a ser revelado por meio do processo de interpretação-concretização da norma.

A experiência constitucional norte-americana foi insuperavelmente luminosa nesse campo de questões relativas à aplicabilidade da Constituição nos cenários emergentes da civilização nos últimos dois séculos, cada vez mais congestionados de interesses e direitos de toda espécie, em permanente movimentação e, não raro, em rotas de colisão. É natural que certas cláusulas supralegais, a exemplo dos princípios da igualdade (igual proteção das leis) e do devido processo legal, e da idéia jurídico-diretiva de proporcionalidade, por consubstanciarem conceitos jurídicos indeterminados, porém determináveis pelos sistemas de concreção judicial, apresentem uma acentuada capacidade expansiva e de solicitude para com a assimilação de novas realidades e valores civilizatórios em contínuo processo de mudança. Tornam-se, bem por isso, referências instrumentais para a diuturna tarefa da jurisdição constitucional de garantir a supremacia das normas e princípios sediados no estatuto supremo.

A versatilidade construtiva e absorvente das conquistas da civilização, quase emblemática nos sistemas constitucionais da atualidade, permitiu que essas garantias retoras do processo social assumissem o papel de termômetro de medição do grau de razoabilidade e proporcionalidade nas relações humanas e institucionais em permanente choque nas sociedades de massa pós-modernas, segundo a ótica da justiça que ecoa - por inspiração primária da Constituição - do sentimento constitucional dos povos. É justo reconhecer, em perspectiva histórica, que essas garantias foram em grande medida responsáveis pela abertura constitucional nos Estados Unidos da América, que, bem se sabe, não se caracterizou pela intermitente reiteração do exercício do poder constituinte originário ou revisional, mas efetivou-se essencialmente pela via empírica da mutação constitucional, abrindo caminhos que depois seriam trilhados pelas Cortes Constitucionais européias na segunda metade do século passado.

Foi com base na compreensão estrutural dos valores da liberdade e do progresso material, que encarnam o liberalismo econômico e que foram sacralizados desde as origens pelo sistema constitucional norte-americano, que o Tribunal Maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula do devido processo legal a fórmula feita sob medida para patrocinar a expansão do revisionismo judicial (*judicial review*), a ponto de possibilitar o controle da

razoabilidade e da racionalidade, ou da justa medida, da medida proporcional, das leis e dos atos de governo em geral.

A dicção indefinida e até mesmo enigmática dessa locução constitucional, que em muito boa hora adentrou à nova Constituição brasileira, muito contribuiu para facilitar o seu manuseio pelos juizes, o que fez resultar na impossibilidade de sua conceituação apriorística. Em verdade, somente através da aplicação reiterada e casuística, segundo o método de aproximação por inclusão e exclusão que caracteriza o caso, poder-se-á concluir em cada hipótese o que seja, e o que não seja, um ato normativo ou decisão administrativa consentânea com a exigência do devido processo legal. Essa visão aberta e dinâmica da garantia, que de certo modo foi preparatória da abertura constitucional da pós-modernidade, foi detectada desde logo por Cooley (1980), em seu tratado acerca das limitações constitucionais do Poder Legislativo, cuja publicação veio a lume no mesmo ano da ratificação da 14ª Emenda à Constituição norte-americana (1868), onde se lê o histórico depoimento doutrinário: “O devido processo legal em cada caso particular significa o pleno exercício dos poderes governamentais, com as máximas garantias e sanções, assim, a mesma lei que serve para punir uma classe serve para proteger o cidadão.” (COOLEY, 1980, p.99, tradução nossa).³

Estimulada, pois, pela fluidez redacional da cláusula do devido processo legal e reverente ao princípio individualista e ao preconceito anti-arbítrio estatal, que subjazem à idéia liberal de um contrato social formador da federação americana, o Judiciário dessa nação não teve cerimônia em passar em revista a legislação econômico-social editada em profusão a partir da segunda metade do século passado. Do conjunto dessas decisões consolidou-se o axioma de que uma lei não pode ser considerada uma autêntica e respeitável lei das leis, ou consentânea com o devido processo legal, se incorrer na falta de razoabilidade, ou seja, e em suma, quando parecer arbitrária.

Assim é que, antes mesmo do fim do século 19, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação

³. “Due process of law in each particular case means such na exercise of the powers of the government as the settled maxims of law permit and sanction, and under such safeguards for the protection of individual rights as those maims prescribe for the class to which the one in question belongs”. (COOLEY, 1980, p.99).

intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do governo dos juízes, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional e o início da fase substantiva na evolução desse instituto retrata a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e conclusivo da legalidade e do próprio mérito axiológico das relações do governo com a sociedade civil.

Após estes fatos, os Juízes assumiram o papel de protagonista no seio das instituições governativas, deixando de ser meros coadjuvantes das ações do Executivo e do Legislativo. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público passaram a contar, no plano institucional, com a autoridade dotada de prerrogativa decisória e revestida das credenciais de intérprete derradeiro do sentido e alcance da Constituição: os órgãos da Justiça.

Outra cláusula imanente à idéia de direito que exerce fecunda vocação expansiva na compreensão do fenômeno jurídico acha-se consubstanciada no princípio da proporcionalidade, que se traduz no dever, não só do interprete, mas de qualquer aplicador do direito, de guardar a sempre almejada justa medida no trato intersubjetivo. Nesse sentido, pontifica Larenz (1997, p.603): “A idéia de justa medida tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na importância de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível.”. Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vai além do que seja necessário ou, pelo menos, defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma, à qual, segundo Muller citado por Bonavides (1996, p.357) “devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”. E tal se aplica, notadamente, à Administração Pública, consoante exposto por Luciano Ferreira Leite, na medida em que:

Sempre que as autoridades administrativas transbordem o limite da finalidade traçada no ordenamento jurídico, embora se esteja diante de atos emanados no

exercício de faculdades discricionárias, terá a Administração invadido a esfera da ilegalidade, fazendo surgir, em consequência, direito subjetivo em favor dos administrados, com o objetivo de obterem perante o Judiciário a invalidação daqueles atos. (LEITE, 1981, p.37).

Daí que se possa dizer que o Estado de Legalidade, enquanto apanágio do Estado de Direito, deva ser, na verdade, um “Estado da Legalidade Proporcional”, um “Estado da Legalidade Razoável”.

Para Canotilho (1993, p.619) , proporcionalidade significa que “qualquer limitação (a direitos, liberdades e garantias) feita por lei ou com base em lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”, sendo certo que o atendimento a tal princípio não prescinde de nenhum dos três elementos citados, os quais devem estar presentes, todos eles, no ato legislativo ou administrativo que se pretenda constitucional. Sendo assim, três são os subprincípios que informam, em caráter cumulativo, o conteúdo do princípio da proporcionalidade.⁴ O primeiro deles é o da adequação de meios. Segundo Canotilho (1993, p.383), isto significa que “a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”. Assim, e no que tange à hipótese legal prevista no art.57 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que, na medida em que *a ratio essendi* de tal normativo sancionador é a de punir eventuais infrações a normas de consumo, se, em determinada situação concreta, houver infração a norma de outra natureza qualquer que não a de consumo (no caso, por exemplo, de se entender que a empresa incorreu na tipologia da desobediência a que se refere o § 4º do art. 55 do Código de Defesa do Consumidor, o que constitui ilícito de natureza eminentemente penal ou administrativo) será inadequada à aplicação de multa com base no permissivo legal do estatuto consumerista. Ademais, ao aplicar a multa por eventuais infrações consumeristas, bem como ao graduá-la, a autoridade pública deve atentar, conjunta e obrigatoriamente, para três circunstâncias: a gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator e a condição econômica do fornecedor. De modo que, tratando-se, por hipótese, de uma infração isolada,

⁴ E para conferir praticidade à exposição, seria oportuno explicar a análise dos aludidos subprincípios à luz das normas contidas nos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, que autorizam a entes da Administração Pública em geral aplicar multas por infrações a normas de natureza consumerista.

de pequeno potencial ofensivo, sem repercussão na esfera difusa de consumidores e cometida por ente primário, uma multa que não levasse em conta tais atenuantes, mas simplesmente a capacidade econômica do infrator, seria uma multa excessiva e, portanto, desproporcional, na medida em que restaria malferida e inobservada, no caso, a indispensável relação de adequação entre meio e fim.

Conforme o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na perquirição da razoabilidade ou da proporcionalidade,

não se trata de compatibilizar causa e efeito, estabelecendo uma relação racional, mas de compatibilizar interesses e razões, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação razoável... Ainda que a Administração a goze de discricionariedade para escolher como agir, essa escolha não pode violentar o senso comum nem as regras técnicas. (MOREIRA NETO, 1998, p.98).

O segundo subprincípio inerente à proporcionalidade diz com a necessidade da medida. Por ele, ainda segundo Canotilho (1993, p.383), “a pessoa tem o direito à menor desvantagem possível [...] pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos.”. Isto é, devendo aplicar o menos, autoridade pública aplica o mais. E na ilustração prática aqui desenvolvida acerca da cominação de multa administrativa por infração a norma de consumo, tem-se que será desnecessária a aplicação dessa referida multa quando se tratar de violação a norma de outra natureza que não a consumerista. E assim se diz porque, se o que o Código de Defesa do Consumidor visa, na seção de multas administrativas, é proteger a integridade da relação de consumo, e se não há, em determinada hipótese violação a norma consumerista, revela-se desnecessária a aplicação de multa, pois que não haveria o que se punir.

No caso da infração ser de pequeno potencial ofensivo, que atinja um único consumidor e não a comunidade difusa de consumidores, praticada por ente primário e a partir da qual a empresa não auferir nenhum benefício econômico, não poderá ser tida como proporcional à multa cuja carga punitiva, dentro do universo de valores pecuniários que a lei faculta à autoridade pública arbitrar, mais se aproxima do limite máximo do que do mínimo. No caso, além de desnecessária e, portanto, desproporcional, por escorchantes, tal multa configuraria infundada medida inibitória e cerceadora da atividade econômica da empresa.

Para Gomes Canotilho

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim. (CANOTILHO, 1993, p.383).

O que se busca, assim, por tal princípio, é aferir se foi observada a necessária relação de congruência e razoabilidade entre a suposta infração cometida e a pena aplicada, pois que, segundo Moreira Neto (2001, p.98) “compreendida na razoabilidade está a proporcionalidade, exigente do equilíbrio entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados.”.

Do acima exposto podemos concluir que estaria ausente a necessária relação de congruência entre meio e fim na hipótese de aplicação, pelo Poder Público, de uma multa arbitrada em valor milionário para punir uma infração de reduzido potencial ofensivo e sem gravosa repercussão na comunidade de consumidores, praticada por ente primário e a partir da qual a empresa não auferiu qualquer benefício econômico. Nesse sentido, vale acrescentar, a propósito, que as grandes cominações pecuniárias, tal como aquela contemplada no parágrafo único do artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, deve restringir-se a questões envolvendo interesses difusos da comunidade de consumidores, cujo potencial ofensivo seja acentuado ou que envolvam a percepção de vantagens por parte do fornecedor do bem ou serviço, não, porém, como se viu, com relação às questões de ínfima gravidade ou que dizem respeito a interesses isolados de único consumidor.

Para Jane Reis Gonçalves Pereira os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade tornaram-se, nas últimas décadas, temas centrais do pensamento constitucional. Sendo que no Brasil, a importância deste tema pode ser comprovada pela grande produção doutrinária sobre a matéria, bem como por expressiva utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O conceito jurídico de proporcionalidade, como critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos, para a referida autora, traduz:

“ Uma estrutura de pensamento consistente em avaliar a correlação entres os fins visados e meios empregados nos atos do Poder Público. Não se trata, assim, de um parâmetro aplicável a todo e qualquer caso, mas sua utilização pressupõe a existência de uma finalidade que é perseguida, de um meio que visa a implementá-la e de uma relação de causalidade entre eles. O princípio da proporcionalidade serve para analisar a relação entre interesses e bens que estejam em confronto, podendo ser qualificado, portanto, como um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais.” (PEREIRA, 2006, p. 319)

Também, segundo a concepção de Luis Virgílio Afonso da Silva:

“ Não é possível, [...], fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo “princípio”, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraponto a regra jurídica. Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade” ou “princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo “princípio”, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.” (SILVA, 2002, p. 26)

Já Daniel Sarmento, no livro “ Teoria dos Direitos Fundamentais” organizado por Ricardo Lobo Torres, infere da ordem constitucional brasileira dois critérios para orientar a restrição da autonomia privada. O primeiro diz respeito a efetividade das medidas que garantem condições materiais mínimas, sem as quais a tutela da liberdade e da autonomia do direito restaria esvaziada. O segundo parte da distinção entre liberdades existenciais (como expressão, religião, associação etc) e liberdades econômicas, que consubstanciam, por exemplo, a autonomia contratual, a livre iniciativa e dos direitos patrimoniais. Sarmento afirma que as primeiras devem gozar de uma “proteção reforçada”, enquanto as segundas podem ser mais livremente restringidas.

O autor, como muita percuciência, afirma que a dignidade humana é o princípio que representa o epicentro axiológico da ordem jurídica, e que deve condicionar a interpretação e aplicação de todo o direito vigente, seja público ou privado. Para este autor, existe um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais,

que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.

Para o autor:

“Na Constituição aberta, a interpretação constitucional torna-se plástica o bastante para permitir a acomodação harmônica dos valores divergentes plasmados na Lei Maior. São incompatíveis com o seu ideário as hierarquias rígidas entre princípios constitucionais, que sacrificam integralmente alguns valores para salvaguarda de outros (v.g., considerar que em hipóteses de colisão, os direitos individuais têm preferência absoluta sobre os direitos sociais, ou vice-versa).

Daí se vê que o método da ponderação de bens potencializa em alto grau a idéia da Constituição aberta, na medida em que tal método objetiva justamente possibilitar o convívio entre valores e princípios constitucionais antagônicos. Na ponderação de bens, a decisão judicial é tomada através de um processo em que são examinadas todas as normas e valores envolvidos na questão, sendo o objetivo maior do intérprete o de lograr, na medida do possível, a “concordância prática” entre os mesmos, de modo a que cada um deles só seja restringido no estrito limite necessário à garantia dos demais.” (SARMENTO, 2001, p. 66)

Assim, para o autor o método da ponderação de bens, na sua tríplice dimensão, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito representa o ideal de toda Constituição aberta, uma vez que este método procura; no caso concreto, compatibilizar as tensões entre princípios constitucionais, sem estabelecer hierarquias rígidas entre estes. E apenas este método possibilitará o convívio entre valores e princípios antagônicos, fomentando o pluralismo na nossa Constituição.

E para demonstrar o significado e a importância que a norma das normas de direitos fundamentais se apresenta em nosso ordenamento jurídico, tomamos as seguintes orientações expendidas magistralmente pelo ilustre constitucionalista gaúcho Ingo Sarlet:

“Todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 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 reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se que o art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado

às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.” (SARLET, 2007, p. 285/286)

De resto, releva notar, por fim, que a idéia de proporcionalidade prende-se à noção geral de bom senso (aplicada no âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade. Isso porque o intérprete – vocábulo que deriva de *interpres* (mediador) -, diz Couture (1997, p.1) “é um intermediário entre o texto e a realidade”, em sua complexidade. Não há, no entanto, no seu mister exegético, direcionamento hermenêutico constringente a que esteja previamente vinculado. Seu único compromisso, este, sim, indeclinável e mandamental, é o de tornar a norma compatível com a vida, isto é, o de emprestar à letra da lei uma inteligência razoável, afeta ao *logos* humano. Daí dizer-se que, entre tantos caminhos possíveis, múltiplas são as alternativas exegéticas utilizáveis.

No entanto, apenas uma via é desde logo interdita: a que conduz ao absurdo, isto é, a compreensão da norma que, rompendo com a idéia de bom senso, não é materialmente adequada e proporcional. Por isso, segundo Recaséns Siches (1996, p.246), é missão precípua do magistrado “interpretar a lei, de modo que chegue, em todo o caso, à conclusão mais justa (mais razoável) para resolver o problema.”. Sendo assim, prossegue o jurista mexicano, se o *logos* do humano (das coisas humanas) é o *logos* do razoável, o que não for razoável não será jurídico, isto é, estará em desconformidade com o direito, constituirá uma medida desproporcional, desequilibrada, imponderável e desprovida de bom senso. Afinal, lembra Sarmiento (1999, p.86) “é preciso não esquecer que, no vernáculo, ponderação é sinônimo de equilíbrio e de bom senso.”.

Também o princípio da igualdade jurídica muito contribuiu para amplitude da interpretação constitucional. Permitiu que o enfoque da problemática social em

continua mutação se fizesse sob o prisma de um sentimento constitucional forjado e estimulado a partir da recepção judicial dos novos valores da civilização urbana e tecnológica deste século. Os vetores da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade passaram a operar como medida da validade constitucional das classificações legislativas, isto é, das diferenciações normativas destinadas a atribuir efeitos jurídicos singularizados para a infinidade de variações hipotéticas determinadas pelo legislador em função das diferenças fáticas ocorrentes no plano da existência.

Nesse sentido tem-se exigido ultimamente, em sede tanto doutrinária quanto jurisprudencial, que a classificação legislativa não adote, em primeiro lugar, como critério diferenciador traços ou circunstâncias constitucionalmente vedadas ou configuradoras de discriminação odiosa ou suspeita, a exemplo de raça, sexo, religião etc. Exige-se, além disso, seja a diferenciação normativa razoável e revestida de adequada racionalidade. Para tal, avulta em importância a percepção quanto “à natureza das coisas”. Na esteira da lição de Arthur Kaufmann, citado por Larenz (1997) que desenvolveu essa abordagem teórica para a revelação do sentido norma jurídica dentro de um contexto teleológico-axiológico, impõe-se “a análise da natureza das situações da vida a julgar”, em ordem a que se possa conferir o máximo de efetividade social a dada hipótese jurídica em exame, respeitando-se, assim, as concreções da vida e as exigências de justiça material.

De fato, a idéia de “natureza das coisas” é de grande importância para a complexa tarefa de efetivação da justiça do caso concreto. E quanto a ela, vem a advertência de Heinrich Stol citado por Larenz (1997, p.597) de que, “se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas e crê poder configurar o mundo segundo seus desejos, em breve terá que experimentar a verdade da máxima horaciana: *‘naturam expellas furca tamen usque recet’*”. Em verdade, ou respeita a natureza das coisas, ou há de se enfrentar posteriormente os revezes da própria natureza aviltada, que acaba retornando, mais cedo ou mais tarde, para exigir contas à sociedade e aos seus instrumentos de representação política. Pois esse ‘fechar-se os olhos’ à realidade fática do contexto social implica em desconsiderar a natureza das coisas. E a natureza das coisas é o melhor critério para aferir-se se, em dado caso, há dessemelhança fundamental, uma dessemelhança fundada ou uma dessemelhança relevante, a justificar um

tratamento normativo diferenciado entre duas realidades fáticas. Em outras palavras, é o critério que melhor entra em conexão com a exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual.

4.1

As Restrições aos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Tem sido tradição, desde a formação da República Nacional até o Golpe Militar de 1964, que os movimentos políticos e constitucionalistas no Brasil se caracterizem pela formalização de interesse setoriais da Sociedade local, protegendo, como sempre, uma minoria bastante abastada.

De outro lado e mais contemporaneamente, da década de 1970 até os dias atuais, com a progressiva invasão do capital internacional no Brasil, opera-se uma crescente desnacionalização do poder político. Este capital estrangeiro, centrado na indústria, na mineração e no aproveitamento hidrelétrico, influencia, por intermédio de seus representantes, burocratas engajados na administração e no Congresso, na elaboração de normas de proteção de suas atividades e na formação da estrutura do Estado a seu favor.

Com tal modelo de industrialização e desenvolvimento, por sua vez, vem se consolidando, desde aquele período, um contingente de trabalhadores que tende a organizar-se em sindicatos, corporações ou partidos políticos. Suas reivindicações crescem em peso e em qualidade; exigem modificações na estrutura do Estado, postulando maior participação e denunciando os privilégios obtidos pelos setores mais poderosos, notadamente o capital estrangeiro.

Ademais, com o significativo avanço das forças populares ocorrido no início da década de 1970, a burguesia nacional, aliada às empresas multinacionais, corre o risco de perder, em eleições, o controle da estrutura do Estado. Tal fato, leva as forças políticas tradicionais, como empresários nacionais e estrangeiros, setores da indústria pesada, instituições financeiras, etc., comprometidas com o Golpe Militar de 1964, a apoiarem, durante este período e até meados da década de 1980, um regime de força e restrições de Direitos Fundamentais.

Neste momento, podemos evidenciar que as estruturas do Estado Brasileiro permanecem centralizadas no poder da Presidência da República e nos

organismos de informação das Forças Armadas, controlando todos os órgãos da administração federal, estadual e municipal, incluindo, de forma indireta, o Poder Legislativo e Judiciário; mantêm-se leis repressivas e o comando da economia pelo capital internacional, através de uma dívida externa que as autoridades competentes não ousam questionar.

O que se quer sublinhar com estas reflexões é que, até a Constituição de 1988, boa parte da história política e constitucional brasileira, antes de forjar uma tradição democrática e popular na elaboração de seus comandos jurídicos, soube tão-somente estabelecer pactos e compromissos com um grupo minoritário de indivíduos, detentores da maior parcela do mercado de produção e capitais.

Na verdade, as normas contidas nos textos constitucionais brasileiros (elas servem como um parâmetro de interpretação da organização sócia) até a Carta de 1988, estabelecem pautas de comportamentos e condutas, fundamentalmente, para o cidadão. Nestes períodos, de forma visível e até radical, percebemos a drástica distância que pode existir entre Constituição e Sociedade, quando esta é construída a despeito das demandas populares, servindo apenas para delimitar o que pode e o que não pode ser feito pelo cidadão, impondo um tipo de vida e aceitação das estruturas políticas, econômicas e culturais vigentes.

Por um lado, o Congresso Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, não demonstra no próprio processo de construção da nova Carta, respeito à representação popular que a constitui, deixando de interagir com as reais e profundas demandas sociais. Por outro lado, o Congresso se utiliza de práticas fisiológicas e clientelistas, fazendo com que o jogo político continue significativamente dependente das negociações que se travam no âmbito do Executivo.

Em outras palavras, o impressionante descompasso entre uma Constituição que reconhece e assegura direitos e uma Sociedade na qual se reconhecem violações constantes dos Direitos Humanos, tem causas diversas e uma história comum: a história de um Estado no qual o autoritarismo e a centralização do poder político dominou e continua a dominar nas mais diferentes estruturas do poder.

Por outro lado, entre avanços e recuos, a Constituinte consegue, pela insistência de poucos segmentos políticos, alinhando compromissos em torno

de temas ligados à grande parte da população brasileira, insculpir, no texto final, matérias de ampla abrangência social, contemplando vários Direitos Fundamentais que a modernidade relegou à Sociedade política.

Tais avanços formais, por si só, não são suficientes para viabilizar mudanças estruturais na forma de constituição e operacionalização do poder político nacional. Pode-se afirmar que, como referencial jurídico, a Constituição de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É cediço na história constitucional brasileira o fato de que foi o positivismo um dos principais alicerces teórico-constitutivos dos textos jurídicos que inauguram a República, como forma de superação da tradição monárquica então vigente. Tais tendências ideológicas, além de trabalhar com a idéia da necessidade histórica de novos modelos de organização política e governamental, impuseram, também, a noção de uma hegemonia de Poder Executivo como responsável prioritário pelos rumos da gestão dos interesses públicos postos àqueles tempos.

Desde as posições de Rui Barbosa, propugnando um modelo de Estado Liberal-Constitucional, passando pelo realismo político de Alberto Torres e Oliveira Vianna, protestando por um Estado Forte, até chegar ao Integralismo, os primeiros passos de uma possível Teoria Constitucional no Brasil pouco se pautou sobre o tema da interpretação da norma constitucional.

O ato de interpretação da Constituição é, sem dúvidas, caracterizado pela sua complexidade temática e operacional, eis que se trata de atos complexos e compreendendo uma diversidade extremamente grande de variáveis, como referimos até este momento.

Para Bonavides, a interpretação jurídica, em si, é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição de sentido ao texto viciado ou obscuro. Em verdade, a interpretação mostra o Direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade.

O emprego de novos métodos da hermenêutica, mesmo a mais tradicional, para o autor, faz possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem porém haver a necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.. Assim, mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, consegue-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais, sem que, todavia, se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De maneira que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social.

Para o plano da metodologia de operacionalização da leitura do texto constitucional, para o autor, dois aspectos se impõem, quais sejam:

1) As normas constitucionais têm um status de hierarquia diferida, a partir de duas razões: em face da natureza de que a norma se reveste (Constitucionalidade Material) ou em razão do instrumento a que a norma se vincula (Constitucionalidade formal). Quanto à constitucionalidade formal, vale lembrar que esta pode ser vista como uma peculiaridade das Constituições rígidas, pelo fato de que o valor jurídico da distinção entre formal e material inexistente ou é irrelevante nos sistemas regidos pelo informalismo. Deve-se entender por isto, que esta é uma distinção eminentemente teórica, que de nenhuma forma poderá interferir na juridicidade da norma, pois idêntico deve ser o grau de eficácia entre ambas as normas e também idêntica a positividade de todas as normas contidas na Constituição.

2) As normas constitucionais têm natureza eminentemente política, isto é, as relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social. Assim, as normas constitucionais são de natureza política e social. Assim, as normas constitucionais são de natureza política pelas funções que desenvolvem.

Para o autor as normas constitucionais são dotadas de plasticidade, o que lhes é inerente, motivo pelo qual não se pode admitir que se dê a elas, interpretação mecânica e silogística

Este tipo de interpretação levaria o intérprete a deixar escapar de sua análise o que é mais precioso e essencial na norma: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito e que o faz dinâmico e não estático.

O erro do jurista é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma.

De tal modo, o fator político revela-se como importantíssimo na interpretação da norma constitucional, eis que é através dele que os órgãos constitucionais devem ajustar-ser ao interesse público que se exprime no sentimento da coletividade. Com tal posicionamento, o autor se distancia em muito das teorias tradicionais da hermenêutica, que incumbem ao intérprete, tão-somente, o labor intelectual, voltado para o reconhecimento da vontade contida na norma jurídica, seja ele a vontade da norma, seja ele a vontade subjetiva do legislador.

Outro expressivo teórico do direito no Brasil, Eros Roberto Grau, hoje Ministro Supremo Tribunal Federal, tem se preocupado com este tema da interpretação jurídica.

Segundo o autor, a Constituição é um dinamismo, pois é do presente, é da vida real que se toma as forças que conferem vida ao Direito e à Constituição. Perecendo a sua força normativa quando ela já não corresponde à natureza singular do presente, a atualidade dessa força dependerá da sua interpretação, tal como venha sendo produzida em cada momento.

Nesta perspectiva, a interpretação do direito se apresenta como processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo: caminhamos dos significantes – os enunciados -, para os significados.

Eros Grau sustenta que o texto normativo, visando à solução de conflitos (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, e não a contemplação estética), reclama um intérprete que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito seja decidido. Assim, o interprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); o intérprete produz a norma.

Isto não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma, mas simplesmente expresse o que já existe, potencialmente, no invólucro do texto, no invólucro do enunciado. A preservação da força normativa da Constituição será provida na medida em que, ao interpretar o Texto Constitucional, o intérprete

integre sua adequação ao processo dinâmico de produção normativa e constitucional.

De outro lado, há que se levar em conta a natureza eminentemente política da norma constitucional. O que peculiariza a interpretação das normas da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos arremete à ponderação de valores políticos. Como, no entanto, esses valores penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – seja em princípios positivos do Direito, seja em princípios gerais de direito, ainda não positivados -, desde logo se antevê a necessidade de o tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais.

Com base nestes princípios, a interpretação da norma se revela como prudência, isto é, busca deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para os homens em geral. Por certo que estes conceitos de bom e de conveniente têm como centro de fundamentação as prerrogativas e direitos garantidos pela história à civilização ocidental, notadamente os Direitos Fundamentais, estendendo-se para outros cenários jurídicos e políticos.

Sobre estes Direitos Fundamentais, o autor tem se inconformado com a forma reacionária com que grande parte de juristas brasileiros os têm tratado, a saber, como normas de natureza meramente programática e, pois, sem eficácia social maior, o que revela o descompromisso político e institucional no âmbito de sua efetivação e proteção.

Diante de tal restrição interpretativa, temos marcadamente registrado um obstáculo ao que Grau denomina de funcionalidade do direito, bem como opera-se uma radical afronta ao poder de reivindicação das forças sociais e populares. Significa dizer que, ao aceitarmos a existência de direitos sem garantias, aceitamos a tese de que a Constituição é integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico.

A Constituição Brasileira de 1988, assim como a lei fundamental de Bonn (1949, a Constituição Portuguesa (1976) e a Constituição Espanhola (1978), também outorgou significado especial aos Direitos Fundamentais, contemplados já em seu capítulo inicial, conferindo-lhes imediata eficácia (art. 5º, § 1º, CF), colocando uma cláusula de imutabilidade ou com a garantia de eternidade (cláusulas pétreas, art. 60, § 4º, IV, CF), bem como determinou que

uma emenda constitucional para abolir tais prerrogativas seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Assim, os Direitos Fundamentais são, na atual estrutura jurídica pátria, ao mesmo tempo, direitos subjetivos (outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados) e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (que são os que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático). Estes direitos têm restrições limitadas e, tais limites, conforme a Constituição Federal, se referem tanto à necessidade da proteção de um núcleo essencial de direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

O princípio da proteção do núcleo essencial que se destina evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, mediante estabelecimento de restrições descabidas ou desproporcionais, advém da supremacia da constituição e do significado destes direitos na estrutura constitucional dos países dotados de constituições rígidas, como o caso do Brasil.

Todavia, a simples existência deste núcleo essencial não se apresenta como suficiente para assegurar o pleno exercício e garantia dos Direitos Humanos e Fundamentais, enquanto direitos de defesa contra a intervenção indevida do Estado.

A Constituição Brasileira de 1988 inclui em seus sistema instrumentos garantidores das instituições que conduzem ao aperfeiçoamento dos direitos que são por ela declarados e constituídos e, cuja inviolabilidade, ela assegura. Estas garantias estão contidas em procedimentos específicos e institutos concebidos para assegurar, em casos concretos e quando houver ameaça ou lesão aos Direitos Fundamentais, que se restabeçam, plena e eficazmente, os direitos comprometidos.

É dessa natureza o princípio da juridicidade que informa, limita e legitima todos os atos do Estado: o da jurisdição, ele mesmo um dos Fundamentais por excelência, pelo exercício garantido do qual se manifestam outros, como o princípio da segurança jurídica, e de cuja eficiência depende, enormemente, o da garantia das liberdades e os que processualizam institutos voltados à garantia específica dos Direitos Fundamentais, tais como, o habeas

corpus, o mandado de segurança e o mandado de injunção, o habeas data e a ação popular e o direito de petição.

Essas garantias instrumentais ou processuais específicas de cada sistema jurídico têm sido reelaboradas para se adensarem no conteúdo permissivo de prevenção mais que ao mero restabelecimento ou restauração dos direitos violados. É que, diversamente do que ocorre com outros direitos ou, principalmente, com outras agressões que ao Direito compete resolver, os Direitos Fundamentais, pela sua própria natureza, não podem aguardar para um deslinde que somente sobrevenha quando o bem jurídico que é a vida, a liberdade ou a segurança, por exemplo, estejam totalmente comprometidos.

A nossa Constituição de 1988 aperfeiçoou a qualidade dos instrumentos garantidores daqueles direitos ao estabelecer, no art. 5º, inciso XXXV, que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos. A ameaça, antes tratamento de nível infraconstitucional e que se incluía apenas no cuidado legal de alguns institutos, passou a compor, no sistema de Direito Positivo Brasileiro, o direito à jurisdição, que somente pode ser considerada eficiente quando, acionado o Poder Judiciário, não permitir a concretização da lesão de cuja ameaça teve notícia e buscou evitar.

De qualquer maneira, toda e qualquer interpretação da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional deve ter, como escopo primeiro, a criação de condições para que a norma interpretada tenha eficácia sempre no sentido da realização dos princípios e valores constitucionais e, principalmente, sempre, da ideologia constitucionalmente adotada.

Neste passo, a hermenêutica, que entendemos necessário no âmbito da dogmática dos Direitos Fundamentais no Brasil, deve ser aquela adotada por Gomes Canotilho, ou seja aquela que credita ao Estado, prioritariamente, a obrigação de criar os pressupostos normativos e fáticos, necessários e imprescindíveis ao permanente exercício dos direitos constitucionalmente assegurados e, ao mesmo tempo, garantir, por seus mecanismos de tutela jurisdicional, que eventual titular de direito desta natureza disponha de prestações implementadoras/efetivadoras deles.

Em tal quadro e situação, é preciso percebermos que de nada adianta contarmos com um sistema jurídico detentor de instrumentos que possam viabilizar os Direitos Fundamentais, se grande parcela dos operadores jurídicos

no Brasil, onde sequer os direitos individuais e as liberdades públicas primárias são garantidas à cidadania, os direitos sociais ou coletivos são reduzidos a extremos absolutamente insignificantes devido à supremacia dos primados econômicos sobre os políticos, o privado prevalece sobre o público, e os novos centros de poder, que aí são gerados, esvaziam, paulatinamente, os controles democráticos produzidos no Âmbito do projeto estatal da modernidade por lhes falecerem elementos de informação e formação crítica, calam e mesmo renegam a existência de um conjunto de princípios e regras jurídicas que alcançam e mesmo protegem, formalmente, aqueles direitos.

De todo o exposto, é necessário reconhecer que a universalização e a efetivação dos Direitos Fundamentais requer, igualmente, tanto um freio no ímpeto da acumulação privadas das riquezas – matéria de responsabilidade do Estado – quanto uma disciplina bem mais vigorosa no controle dos sistemas abstratos da moeda e do poder econômico, como condição básica de proteção de nosso entorno.

Revê-se, assim, imprescindível conceber o Estado Democrático de Direito proclamado pelo texto constitucional brasileiro, principalmente em seu Título Primeiro, como a maior evidência de que se impõe a abolição fática da separação entre Sociedade e Estado, resultando daí, a exigência de que este Estado assuma a responsabilidade de transformar a ordem econômico-social, no sentido de viabilizar a efetivação material da idéia de democracia real, baseada no pressuposto da igualdade concreta e existencial.

Para tanto, o Estado Brasileiro tem, de sobra, poderes constitucionais e institucionais capazes de viabilizar as políticas públicas – em todos os quadrantes possíveis – necessárias à consecução e proteção dos Direitos Fundamentais, conforme o preclaro ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não poderes, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como poderes-deveres, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de dever; não na de poder. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.” (MELLO, 1991, p.52)

A função do conhecimento democrático e emancipador do Direito, aliado à função também social dos operadores jurídicos, reclama do Estado, em todos os seus vetores e poderes, mas principalmente do Poder Judiciário, a superação do caráter negativo dos Direitos Fundamentais, que deixam, deste modo, de ser considerados como uma autolimitação do poder soberano do Estado, para reforçar o princípio da soberania popular, impondo a este conceber tais direitos como instrumentos jurídicos e políticos destinados a regular suas ações positivas na busca da implementação de uma verdadeira democracia.

Lutar pela universalização e pela efetivação dos Direitos Fundamentais significa, para o Brasil, formular, implementar e executar programas emancipatórios no âmbito dessas configurações de poder anteriormente vistas, cujos valores básicos residem no sentimento de civilidade – em que se fundamenta a idéia mesma de comunidade.

Do ponto de vista jurídico-dogmático, os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. Para o estudioso do direito, isso significa que o estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica enquanto ele se limitar a estudar seu conteúdo garantido na Constituição. O estudo adquire relevância a partir do momento em que formula e responde à seguinte pergunta: Sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita

Os direitos fundamentais adquirem relevância prática quando são reunidas duas condições. Primeiro, a presença de um óbice em relação ao exercício do direito fundamental; caso contrário não há motivo para que alguém invoque a tutela constitucional. Segundo, o aludido óbice ou intervenção estatal deve decorrer de norma de grau imediatamente inferior à Constituição. Pode haver cerceamento potencialmente legítimo de direitos fundamentais quando a norma está incluída em lei no sentido formal, tratado internacional não constitucionalizado, medida provisória ou norma infra-legal. A resistência pode também ser devida à omissão normativa que impossibilita o exercício do direito. No mais, quando a conduta de uma autoridade estatal fere norma infraconstitucional não há limitação ou cerceamento de direitos fundamentais, mas um simples problema de legalidade.

O direito constitucional prevê vários modos de limitação dos direitos fundamentais. Nestes casos, a área de proteção do direito é restringida de forma permitida. Podemos distinguir as seguintes formas.

4.2

Os Limites das Restrições Constitucionais

A Constituição brasileira de 1988 não prevê expressamente como se deve proceder com relação à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, tem identificado como limite intransponível, além dos da legalidade (art. 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (baseado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do art. 5º, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade).

Os limites materiais, que definem o âmbito ou a esfera normativa de cada um dos direitos fundamentais, decorrem da interpretação dos preceitos constitucionais que os prevêm, sendo que estes, em regra, utilizam para o efeito conceitos indeterminados ou mesmo cláusulas gerais – a tarefa de delimitação do direito por interpretação desses conceitos, cabe a todos os aplicadores da Constituição e, em última instância, aos juízes, delimitação que, aliás, em face do texto da norma, tanto pode saldar-se numa interpretação enunciativa, como numa interpretação restritiva ou mesmo numa interpretação ampliativa.

Interessam-nos, no entanto, aqui, especialmente, aqueles limites de conteúdo que, pressuposta a definição do âmbito do direito, possam constituir restrições constitucionais ao programa normativo do preceito.

Tais limites podem ser expressamente formulados no texto constitucional, em regra, no próprio preceito relativo ao direito fundamental, mas também em preceitos incluídos noutras partes da Constituição – por vezes, os efeitos limitadores resultam da consagração de deveres fundamentais manifesta e inequivocamente dirigidos a certos direitos, havendo por isso de ser contados entre os limites imanentes expressos destes, como acontece, por exemplo, no caso de dever de pagar impostos em relação ao direito de propriedade.

No entanto, haverá limites imanes dos direitos fundamentais que só são determináveis por interpretação, pelo fato de estarem apenas implícitos no ordenamento constitucional. Se é mais ou menos fácil saber qual o bem jurídico ou a esfera da realidade que o preceito visa abranger através de um direito fundamental, já é muitas vezes difícil determinar os contornos da respectiva proteção, sobretudo quando o seu exercício se faça por modos atípicos ou em circunstâncias especiais, que afetam, de uma maneira ou de outra, valores comunitários ou outros direitos também constitucionalmente protegidos.

Estes casos são muitas vezes contados como conflitos entre direitos e valores constitucionais ou como colisões de direitos. Importa, todavia, distinguir nesta matéria situações que não podem ter o mesmo tratamento jurídico.

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, ou apelar ao direito de propriedade para não pagar impostos ou ao direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de expressão para injuriar uma pessoa?

Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é a próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a proteção a esse tipo de situações.

Á diferença é importante, já que a entender-se que não há conflito, a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele não existe naquela situação. Pelo contrário, havendo conflito, tal significaria a existência de um direito em face de outros direitos ou de outros valores (deveres) e a solução não poderia nunca ignorar o direito invocado, a não ser que se partisse do reconhecimento de uma ordenação hierárquica dos bens constitucionalmente protegidos, sacrificando-se então naturalmente o menos valioso. Só que um critério de hierarquia não é sustentável e acabaria, de qualquer modo, por suscitar uma série de problemas sem solução racional.

Assim, podemos considerar a existência de limites imanes implícitos nos direitos fundamentais, sempre que (e apenas quando) se possa afirmar, com

segurança em termos absolutos, que não é pensável em caso algum 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.

Por fim, é importante referirmos aquelas situações conflituais que resultam da autolimitação de um direito por vontade do respectivo titular, seja no âmbito de um contrato ou acordo, seja através do consentimento autorizante de uma intervenção pública ou privada restritiva ou limitadora – formas de disposição limitadora ou de renúncia ao exercício de um direito, que não devem confundir-se com a faculdade de não agir, característica dos direitos de liberdades, já que esta constitui um dos modos possíveis e típicos do respectivo exercício (por exemplo, a liberdade de associação inclui a faculdade de não se associar).

Poderá uma pessoa consentir em que a polícia entre em sua casa sem mandado judicial ou em ser detido ilegalmente, ou renunciar às garantias dadas pelo processo penal?

Poderá um particular renunciar contratualmente a direitos como a liberdade sindical ou a liberdade de expressão, ou, num contrato administrativo, ao direito a recorrer de atos de execução? Ou aceitar uma doação ou um legado com o compromisso de não casar ou de professar uma religião?

Num contexto constitucional em que, ultrapassada a visão liberal, a liberdade individual está associada à solidariedade cívica e a uma ética de responsabilidade comunitária, em que os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva, percebe-se que o primado da liberdade e o conseqüente princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais dependam de algumas condições e estejam sujeitos a determinados limites.

As condições de validade jurídica da disposição limitadora do exercício de direitos, liberdades e garantias respeitam essencialmente à garantia da autenticidade e da genuína manifestação da vontade do titular que justifica a restrição ou a ofensa: a renúncia, o acordo, o consentimento vinculante, só podem admitir-se como fundamento legítimo de uma auto-limitação dos direitos fundamentais se forem o produto inequívoco de uma vontade livre e esclarecida.

Desde logo, é indispensável que a manifestação de vontade seja produzida pelo próprio titular, não sendo suficiente, em regra, o consentimento ou acordo de

alguém que exerça um poder de representação ou de tutela, salvo quanto àqueles direitos que, pelo contrário, não possam ser livremente exercidos pelo incapacitado.

Depois, deve avaliar-se de forma exigente, embora em termos de adequação social e em conformidade com os valores ou interesse em presença, a ausência de coação, sendo relevantes, quer a coação física, quer a coação moral ou mesmo econômica, quando se trate de uma pressão forte efetivamente exercida ou naqueles casos de vulnerabilidade em que exista um dever especial de proteção pública, não devendo admitir-se, nesse sentido, o consentimento puramente tolerante.

Nesta linha de entendimento, a manifestação de vontade deve ser clara, baseando-se no conhecimento concreto de todas as conseqüências relevantes da limitação, e isenta de erro, em especial no caso de dolo, tal como deve ser inequívoca, não bastando, em regra, o consentimento presumido, mesmo que aparentemente possa invocar-se o interesse da pessoa.

Já é discutida, e deve ser claramente entendida, a livre revogação da limitação voluntária dos direitos fundamentais: tratando-se de uma limitação válida, há de ser limitada temporalmente, mas, durante o período de validade, é vinculante, pelo que uma eventual revogação tem de implicar uma obrigação de indenizar os prejuízos causados, especialmente no âmbito contratual.

Põe-se, além disso, o problema dos limites que a ordem jurídica pode estabelecer à auto-limitação quanto ao exercício de direitos fundamentais, em função de valores superiores da comunidade.

Neste contexto, devemos considerar, em primeiro lugar, os limites imanentes que decorrem do conteúdo essencial dos princípios constitucionais, enquanto projeção direta e ineliminável da dignidade da pessoa humana, designadamente nos direitos pessoais, e também da afirmação imediata de valores comunitários básicos.

Devem ter-se em conta ainda os limites estabelecidos por lei restritiva, na medida em que tal seja adequado, necessário e proporcional, para a salvaguarda de valores comunitários, incluindo, como vimos, a proteção de interesses relevantes dos próprios particulares.

A Constituição não regula a questão da admissibilidade da auto-limitação e das respectivas condições e limites, mas dos seus comandos podemos retirar, por

via interpretativa, algumas indicações normativas mais ou menos claras sobre as hipóteses, condições e limites da sua admissibilidade.

Por um lado, devem considerar-se as diferenças entre os vários tipos de direitos fundamentais.

De fato, tendo em conta o entendimento não funcional dos direitos-liberdades – que leva a incluir no respectivo conteúdo a faculdade de não agir –, bem como o caráter instrumental da generalidade dos direitos-garantias – que leva à concepção de muitos destes direitos como ônus –, o problema da disponibilidade em geral dos direitos fundamentais põe-se especialmente no que respeita aos direitos sobre bens pessoais. Acresce que há indivíduos, cujo, conteúdo, âmbito ou grau de proteção constitucional é estabelecido primordialmente em função da vontade do titular (inviolabilidade do domicílio, reserva da intimidade privada, imagem, palavra, autodeterminação informativa, propriedade), e aqueles outros direitos relativos a bens que, sendo pessoais, constituem simultaneamente ou estão intimamente associados a valores comunitários (vida, integridade física, identidade pessoal, cidadania, informação jornalística, voto secreto).

Contudo, apesar das distinções entre os direitos, o problema da disponibilidade e do grau de disponibilidade dos direitos, liberdades e garantias pelos seus titulares não se resolve em abstrato, constitui um problema que, em última análise, só é suscetível de uma solução definitiva nas circunstâncias dos casos concretos.

Por outro lado, devem considerar-se as diferentes situações relacionais em que se pode produzir a autolimitação.

A diferença mais relevante é a que atende à existência, ou não, de uma relação de sujeição ou de dependência do titular do direito autolimitado perante outrem, que pretende, concorda ou beneficia da limitação.

Assim, não estarão sujeitos às mesmas condições e limites a renúncia, o acordo ou o consentimento de uma pessoa perante uma autoridade dotada de poderes públicos, perante uma entidade privada ou indivíduo que detenha um poder jurídico ou de fato, ou numa relação entre iguais.

Nas duas primeiras situações, poderá ser legítimo às autoridades, em especial ao juiz, com base na ordem jurídico constitucional dos direitos fundamentais, acautelar e fiscalizar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da auto limitação, bem como a sua racionalidade, pressupondo-

se e provando-se a vulnerabilidade, inferioridade ou fraqueza – tanto mais intensamente quanto maior for a duração, a intensidade ou grau de perigo da limitação, que, de resto, nunca poderá ser uma renúncia total, perpétua ou irrevogável.

Estas limitações à disponibilidade dos direitos visam sobretudo assegurar o caráter livre e esclarecido da vontade, mas justificam-se especialmente pela necessidade de cumprimento de deveres especiais de proteção de certos bens jurídicos pessoais.

Já nas relações entre iguais, entendemos que, respeitadas as condições de uma vontade livre e esclarecida, os limites substanciais da auto-limitação não podem ser os princípios da proporcionalidade ou da racionalidade, mas apenas os que sejam indiscutivelmente impostos pelo respeito do núcleo essencial dos direitos (a dignidade da pessoa humana) ou de valores comunitários básicos.

4.3

Concretização dos Direitos Fundamentais como sua Limitação

Alguns direitos fundamentais são enunciados de forma extremamente genérica. É o caso da garantia da propriedade (art.5º, caput, e inciso XXII, da CF), pois a Constituição Federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, a lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função, tal como faz o Código Civil em relação ao direito de propriedade. Aqui o Constituinte oferece ao legislador comum um amplo poder de definição. O exercício do direito não é possível sem uma lei infraconstitucional, pois sem tal definição não podemos conhecer a área de proteção, principalmente porque a área de proteção do direito fundamental à propriedade tem cunho normativo e não comportamental, como ocorre com outros direitos fundamentais de liberdade, v.g, a liberdade de expressão do pensamento do art. 5º , IV, da Constituição Federal.

Isso cria um problema. Qualquer concretização de um direito pode significar sua limitação. Quando. Por exemplo, o legislador define quais bens não podem ser objeto de propriedade particular ou determina como deve ser registrada

a propriedade de bens imóveis, faz algo necessário, pois dá concretude ao direito Constitucional, que é por excelência, como já aludido, abstrato (cunho normativo) e não comportamental concreto. Mas ao mesmo tempo, estabelece limitações em seu objeto e formas de exercício.

Por isso, deve ser sempre verificada a eventualidade de a lei concretizadora, sob o pretexto da operacionalização, estar limitando o direito de forma inconstitucional (intervenção e não simples concretização) Destarte, não é possível estabelecer uma linha de demarcação clara entre a concretização e a limitação mediante reserva legal. Em ambos os casos, o aplicador deve realizar um exame de constitucionalidade antes de aplicar norma que regule direitos fundamentais.

4.4

Reserva Legal

Muitas disposições da Constituição garantem os direitos fundamentais, mas o fazem com uma importante ressalva ou, tecnicamente falando, com uma reserva legal (ou reserva de lei). Essa última permite ao legislador comum introduzir limitações, restringindo a área de proteção do direito.

A reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito “na forma da lei” ou nos “termos da lei” (exemplos art 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizador, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do direito fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (exemplos: art. 5º, XII, da CF).

4.5

Limites Constitucionais em Casos Excepcionais

Vista sob o ângulo dos direitos fundamentais a Constituição Federal estabelece um duplo sistema de legalidade: a legalidade normal com plena vigência dos direitos fundamentais e a legalidade excepcional, em casos de graves conflitos ou ameaças à estabilidade da ordem política e social.

No âmbito da legalidade excepcional, a Constituição Federal altera as competências das autoridades estatais, reforçando em particular os poderes de ação do Poder Executivo Federal. Ao mesmo tempo, prevê uma série de restrições aos direitos fundamentais. Tais restrições seriam claramente inconstitucionais em regime de normalidade: são autorizadas no âmbito do regime excepcional, em virtude de expressas previsões constitucionais.

A Constituição Federal prevê e regulamenta três situações excepcionais de gravidade crescente. Igualmente crescentes são as limitações de direitos fundamentais permitidas em cada uma destas.

a) Estado de defesa (art. 136, § 1º e 3º, da CF/88). Um decreto do Presidente da República especifica os direitos que deverão ser restringidos e o tipo de restrição. As restrições podem se referir aos seguintes direitos: reunião, locomoção, sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, propriedade de bens públicos e atividade econômica relativa a serviços públicos.

b) Estado de sítio conforme art. 137, I, da CF/88. O estado de sítio permite além da restrição, também a suspensão de uma série de direitos fundamentais. Ocorre mediante decreto do Presidente da República e pode se referir aos seguintes direitos (art. 139 da CF/88): locomoção, reunião, sigilo de correspondência e de comunicações, informação e liberdade de imprensa escrita e rádio-televisiva, inviolabilidade do domicílio e propriedade.

C) Estado de sítio conforme art. 137, II, da CF/88. Pode sofrer restrição ou suspensão de qualquer direito fundamental. Para tanto, a Constituição Federal não estabeleceu uma permissão expressa, mas a ampla possibilidade de limitação resulta da formulação do art. 139, caput: “na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas”. Isto significa, aplicando o argumento a contrário, que, em

caso de decretação da mesma medida nas hipóteses especificadas no art. 137, II, da CF/88, todos os direitos podem, em princípio, sofrer restrições. Essa é a hipótese do estado de sítio que poderíamos denominar de “maior”, pois pode causar, teoricamente, a total suspensão dos direitos fundamentais.

Apesar das amplas possibilidades de restrição ou suspensão de direitos que a Constituição autoriza nesse caso, vale a regra de que qualquer limitação de um direito constitucionalmente garantido mediante previsão infraconstitucional deve estar acompanhada de justificativa concreta, sob pena de inconstitucionalidade.

4.6

Colisão e Concorrência dos Direitos Fundamentais

Há uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular. A colisão deve ser enfrentada somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, porque um direito fundamental de um outro titular de direito pode estar limitando o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal.

A concorrência, por sua vez, diz respeito a um problema bastante diverso, que no exame de constitucionalidade tem caráter prejudicial, qual seja, o da definição do parâmetro de avaliação. Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental, contra uma mesma intervenção estatal, porque esta supostamente atingiu mais de um direito fundamental do mesmo titular.

Na verdade, a concorrência de direitos fundamentais ocorre quando uma determinada situação ou conduta pode ser subsumida ao âmbito de proteção de diversos direitos fundamentais, colocando para o intérprete da norma o problema de saber qual das normas de direitos fundamentais deve ser aplicada naquele caso, e, por conseguinte, qual a restrição a que estaria o titular daquele direito submetido.

4.7

Colisão de Direitos Fundamentais

As colisões de direitos fundamentais em sentido estrito podem-se referir aos direitos fundamentais idênticos ou a direitos fundamentais diversos, existindo idealmente, quatro tipos básicos de colisões: a colisão de direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; a colisão de um direito fundamental de defesa de caráter liberal e um direito de proteção; a colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito; e, por fim, a colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático, ou seja, a tensão entre o texto da norma e a sua eficácia. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000).

As colisões, em sentido amplo, geralmente envolvem direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes, de modo que é comum a colisão entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados ou conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna enquanto valor constitucional. Tais colisões ocorrem quando interesses individuais tutelados por direitos fundamentais contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela Constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros. (FARIAS, 2000; CANOTILHO, 1991).

4.8

Solução das Colisões de Direitos Fundamentais

A tutela dos direitos fundamentais como um conjunto implica, necessariamente, que estes se restrinjam reciprocamente. A positivação simultânea de diversos direitos fundamentais e fins constitucionais, que podem revelar-se conflitantes, opera como uma autorização implícita ao legislador e ao judiciário para restringi-los, respectivamente, no momento legislativo e no momento aplicativo. O fundamento dessa interpretação é o princípio da unidade da Constituição.

Isso não significa, como é evidente, que os “sujeitos constitucionais” tenham liberdade para intervir nos direitos fundamentais de forma indefinida, na medida em que toda e qualquer restrição deverá observar os requisitos formais e materiais que se impõem à atividade limitadora dos direitos.

Do ponto de vista formal, as restrições só poderão ser estabelecidas em lei, e, no caso da limitação hermenêutica, o órgão judiciário há de ser competente. No que se refere aos limites materiais, tanto os órgãos legislativos como os judiciários deverão observar o imperativo de proporcionalidade, engendrando uma interpretação coerente como princípio da dignidade da pessoa humana.

4.9

As Soluções Interpretativas

4.9.1

Categorização

Uma das formas de solucionar as questões nas quais há controvérsia sobre qual direito fundamental deve ser tutelado é a categorização, ou seja, o esforço no sentido de correlacionar os fatos em exame às categorias expressadas nas normas constitucionais. Essa fórmula teve seu ponto alto na elaboração da jurisprudência dos conceitos, quando se proclamava que a estrutura do raciocínio judicial deveria limitar-se basicamente, a um processo lógico dedutivo tendente à “construção conceitual abstrata”

Categorizar, no sentido que aqui se adota, significa delinear os contornos dos direitos e, a partir das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente. Em outras palavras, categorizar é entender as normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação. (LARENZ,1997).

A doutrina norte-americana recorre com freqüência a essa noção, estabelecendo uma distinção metodológica entre categorização e a ponderação. A categorização é taxanômica, a ponderação sopesa bens e interesses em conflito. Para o categorizador, as questões legais colocam-se como diferenças de tipos; para o ponderador elas são questões de grau.

É importante ressaltar que não há incompatibilidade intrínseca entre a categorização e a ponderação. O raciocínio categorial é elemento indispensável à atividade interpretativa. Como se sabe, dotar de sentido as categorias normativas é verificar sua correspondência com os fatos, é tarefa essencial ao processo hermenêutico em qualquer conjuntura. A interpretação inicia-se sempre com uma leitura textual, a partir da qual se busca relacionar o significado dos preceitos normativos com o conjunto de eventos em análise. Dessa forma, pode-se dizer que a categorização, como regra, corresponde ao primeiro estágio do raciocínio judicial. Assim, a categorização jamais pode ser suprimida da interpretação. Em verdade, trata-se de um tipo de raciocínio que não pode ser eliminado de nenhuma forma do pensamento humano, pois que as palavras são categorias, de modo que as pessoas necessariamente categorizam em qualquer processo de comunicação escrita ou oral.

Por fim, é importante assinar que a categorização, aplicada de forma pura, está diretamente relacionada ao emprego de métodos formalistas e mecânicos. É certo que, ao longo do século XX, as teorias alternativas ao formalismo jurídico colocaram em evidência que mesmo o processo de atribuição de sentidos a conceitos e categorias normativas não é uma operação de pura lógica formal.

Dessa forma, a noção de categorização normativa que prevalece atualmente não é idêntica àquela defendida pelos formalistas do século XIX, já que muitos dos que hoje defendem o recurso à categorização não recusam certas tendências fundamentais da hermenêutica contemporânea, tais como o reconhecimento do fenômeno da pré-compreensão, a noção de que os conceitos devem ser atualizados pela jurisprudência, ou a idéia de que as soluções para os casos difíceis não estão pré-definidos no texto constitucional. Mas, ainda assim, certas abordagens atuais da categorização, ao que parece, buscam retomar a lógica mecanicista e o espírito conservador que subjaziam ao formalismo positivista. Não por acaso, a Suprema Corte norte-americana, sob o influxo do originalismo, vem utilizando cada vez mais essa metodologia.⁵

⁵ Veja-se, sobre o tema, Morton J. Horwitz, que aborda como a Suprema Corte, no último quarto do século XX, procurou desmontar o legado da Corte Warren. Como anota o autor, a retomada do conservadorismo vem sendo empreendida sobretudo por meio do textualismo e do originalismo. *The constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism*. Harvard Law Review, v. 107, 1993, p. 34-35.

4.9.2

A hierarquização

Outro critério empregado para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais consiste em estabelecer hierarquias prévias e rígidas entre os bens constitucionalmente tutelados. Quando se recorre a essa solução, as colisões entre direito, ou entre estes e bens coletivos, são resolvidos de acordo com pautas pré-estabelecidas que determinam o peso abstrato e a importância de cada um deles, concluindo-se no sentido da prevalência do que ostenta maior hierarquia.

O estabelecimento, pela jurisprudência, de hierarquias axiológicas superáveis entre os diversos bens e interesses tutelados por normas constitucionais pode revelar-se em um valioso instrumento de proteção aos direitos fundamentais. Contudo, essa espécie de pauta interpretativa não deve ser manejada sem acentuada dose de cautela, já que a afirmação de hierarquias constitucionais absolutas, pelo judiciário pode comprometer gravemente a operatividade dos princípios democráticos e da supremacia da Constituição.

Por isso, os esquemas interpretativos assentados na priorização de certos bens constitucionais devem ser sempre coordenados com a idéia de que o Legislativo precisa dispor de uma margem de liberdade de ação, a qual é sustentada pelo princípio da separação de poderes e do princípio democrático.

Ademais, não se pode admitir que o reconhecimento da precedência em tese de determinados bens em desfavor de outros venha a assumir o caráter de verdadeira e definitiva solução de conflitos, de modo a estabelecer uma ordenação peremptória entre os interesses em jogo, o qual viria a incidir nas mesmas falhas das hierarquias absolutas de direitos.

Desta forma, a fixação de preferências por certos bens constitucionais dotados de maior relevância axiológica será válida à medida que se apresente como relativa e superável, de forma a não esvaziar a proteção constitucional dos direitos e bens não preferidos. As hierarquias valorativas, portanto, devem operar exclusivamente como critério de determinação do peso abstrato do direito a ser ponderado, de modo que corresponde apenas à exigência de cargas de argumentação e justificação mais intensas quando se trata de fundamentar

restrições a direitos preferidos, que são aqueles que ostentam maior relevância na axiologia constitucional. (NOVAIS, 2003).

4.10

Formas de Colisão de Direitos Fundamentais

Segundo Canotilho e Moreira (1991) caberia, inicialmente, ao intérprete determinar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em colisão, ou seja, identificar aquelas situações de fato protegidas pelas normas constitucionais em confronto. Tal tarefa tem a finalidade de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão. Ora, esta primeira etapa pode excluir, desde logo, a hipótese de colisão, confirmando tratar-se apenas de uma colisão aparente, se acaso não houver choque entre os âmbitos de proteção envolvidos.

Também Andrade (1987) concorda com Canotilho e Moreira (1991), afirmando que há casos de colisão que não são verdadeiros, mas hipóteses que exigem a determinação dos limites imanentes dos direitos envolvidos. Nestes, como em muitos outros casos, continua Andrade (1987), não se trata de colisão de direitos fundamentais, uma vez que a norma constitucional não protege essas formas de exercício de direitos, isto é, esses tipos de situações estão excluídos da esfera normativa enunciada pela constituição. E não havendo colisão, “a solução do problema não tem que levar em conta o direito invocado, porque ele não existe naquela situação.” (ANDRADE, 1987, p.217).

Conforme ensina Farias (2000), constatando o intérprete que, no caso concreto, o âmbito de proteção do direito ou o limite imanente do direito excluem a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá a preservação deste através da garantia do núcleo essencial por meio do processo de ponderação, conforme sucede nos verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais. Porém, se efetivamente for verificada a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais, cabe ao intérprete realizar a ponderação dos bens envolvidos, visando a resolver a colisão, de forma a imprimir o mínimo de restrição possível aos direitos envolvidos. Ora nessa etapa ganha relevância, como princípios norteadores da tarefa interpretativa, os princípios da unidade da

constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, dentre outros, fornecidos pela doutrina. (FARIAS, 2000).⁶

4.11

Ponderação de Interesses e Interpretação

O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer.

A idéia de uma ponderação de interesses no processo de aplicação do direito, em substituição ao modelo fechado da subsunção, surge na obra dos defensores da jurisprudência dos interesses. Passa por diversas etapas de compreensão no século XX, até culminar na concepção de um princípio da ponderação, que imanta todos os outros princípios jurídicos. O princípio da ponderação, cultivado sobretudo na Alemanha, aproxima-se do princípio da razoabilidade, desenvolvido nos Estados Unidos, que apresenta o mesmo itinerário teórico. O tema começa a ganhar espaço na literatura jurídica brasileira. (SARMENTO, 2000; ÁVILA, 1999).

Na literatura jurídica brasileira, a tese que equipara ponderação e interpretação foi defendida por Ávila (1999), em interessante estudo sobre os princípios. O autor procura demonstrar a equivocidade da idéia segundo a qual as regras não são sujeitas à ponderação afirmando que:

Não se pode estremar a interpretação da ponderação. Com efeito, a decisão a respeito de incidência das regras depende das razões que sustentam e daqueles que afastam a inclusão do conceito do fato no conceito previsto na regra. Se, ao final, pode-se afirmar que a decisão é de mera subsunção de conceitos, não se pode negar que o processo mediante o qual esses conceitos foram preparados para o encaixe final é da ponderação de razões. (ÁVILA, 1999, p.48).

Em outra passagem, o autor assevera que:

⁶ Tais princípios já foram analisados com maior profundidade na página 89-92.

Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento, enquanto sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns ex. (ÁVILA, 1999, p.48).

É bem verdade que a preparação de conceitos a que se refere Ávila (1999) envolve, muitas vezes, um processo de argumentação dialética, em que são consideradas diversas razões que podem levar a soluções interpretativas diferenciadas. No entanto, esse tipo de trajetória hermenêutica é bastante diferente daquela que se emprega na ponderação propriamente dita. Nesta, admite-se que as questões de fato analisadas inserem-se, a priori e em tese, nos conceitos ou categorias veiculados nas duas normas em conflito, determinando-se qual delas deve prevalecer a partir de um juízo que consiste em valorar a importância (peso) dos bens e interesses por estas tutelados na hipótese concreta, e não em especificar os conceitos normativos abstratos, que seriam válidos em todas as hipóteses de conflitos.

A ponderação de razões, diversamente, traduz apenas a existência de um raciocínio de tipo dialético que antecede a categorização, ou seja, que antecede a própria densificação do conceito veiculado na norma. Trata-se de ponderar apenas no sentido lato da expressão, em que esta é sinônimo de argumentar. Assim o raciocínio dialético subjacente ao processo de categorização ou delineamento de conceitos e a ponderação de interesses como técnicas de decisões não são equivalentes. O debate que opõe as teorias externas às internas dos direitos fundamentais bem demonstra a diferença entre essas duas noções.

Assim, ponderar razões é um conceito amplo que equivale a interpretar. Ponderar interesses e bens, diversamente, consiste em empregar uma técnica interpretativa que, por sua especificidade, merece ser conceituada de forma autônoma. Enquanto no primeiro caso consideram-se apenas argumentos e contra-argumentos, razões e contra-razões que recomendam a atribuição de certo sentido às categorias normativas ou o estabelecimento de uma exceção, no segundo, procura-se mensurar o peso circunstancial dos bens jurídicos em confronto, à luz da axiologia que deflui da Constituição e da moralidade social vigente. Enquanto

no primeiro caso cria-se uma regra de preferência - ou uma definição - que poderá ser aplicada a todos os casos em questão, no segundo estabelece-se uma relação de precedência válida apenas para aquele caso, ou melhor, válida apenas para casos em que os conflitos entre tais interesses ostentem as mesmas características.

A ponderação de razões é compatível com o modelo de categorização puro, que induz a pensar por tipos, enquanto a ponderação de interesses e bens, destinada a estabelecer uma hierarquia móvel ou relação de precedência condicionada entre os bens jurídicos em confronto, pressupõe uma aplicação dinâmica das normas constitucionais, ponderativa, quando utilizada como mero antecedente para formular categorias ou definições, aparta-se de noção de hierarquia dinâmica, aproximando-se do modelo de categorização, uma vez que, não raro, resulta numa interpretação restritiva do conteúdo constitucional dos direitos.

Assim, ponderação e interpretação não são conceitos idênticos. A ponderação é uma técnica de interpretação, da mesma forma que a categorização e a hierarquização. Nesse sentido, ponderar é uma forma de interpretar, mas não é o mesmo que interpretar. Aliás, fosse correta a tese de que interpretação e ponderação são a mesma coisa, não haveria razões para tantos setores da doutrina deduzirem críticas à metodologia ponderativa. A estrutura da argumentação empregada no juízo ponderativo propriamente dito é peculiar, uma vez que em tal modelo o intérprete, após concluir no sentido da conformidade dos fatos com os conceitos delineados em duas normas que apontam para soluções antagônicas, interroga-se sobre a importância de tutelar os bens e interesses em conflito nas circunstâncias que se apresenta a fim de determinar qual delas deverá ser aplicada.

A ponderação propriamente dita, como técnica de decisão, identifica-se com a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito. Em outros termos, o princípio da proporcionalidade estabelece um comando de ponderação, precisamente pelo fato de esta não redundar numa solução que seja válida para todas as hipóteses de conflito entre os interesses em jogo, mas apenas para os casos em que porventura se repitam as mesmas circunstâncias.

A jurisprudência tanto estrangeira quanto nacional tem se desenvolvido no sentido de estabelecer critérios para o juízo de ponderação que se impõe no caso

de colisão de direitos fundamentais. Mendes, Coelho e Branco (2000) expõem alguns casos de colisão de direitos fundamentais interessantes levados à consideração da Corte Constitucional alemã. Segundo o autor, por um lado, a análise dessas decisões demonstra a complexidade e relevância do processo de ponderação na prática da Corte Constitucional alemã e, por outro lado, mostra que uma tentativa de sistematização da jurisprudência alemã revela a sua orientação no sentido de uma ponderação de bens tendo em vista o caso concreto, ou seja, uma ponderação atenta para as circunstâncias do caso em apreço, conforme demonstra o autor, citando Robert Alexy em palestra proferida em 1998, no Rio de Janeiro, sobre o tema da colisão de direitos fundamentais:

Para Alexy citado por Mendes, Coelho e Branco (2000), a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma ‘lei de ponderação’, segundo a qual, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes não de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Por fim, analisando juízo de ponderação, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Mendes, Coelho e Branco (2000) afirmam ser evidente, também no direito brasileiro, o relevo ímpar do princípio da dignidade da pessoa humana como norteador da problemática de ponderação entre direitos fundamentais em confronto, sendo certo, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como lei de ponderação, rejeitando, com isso, toda e qualquer intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.

4.12

Restrição de Direitos Fundamentais

As restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem privações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-

se de uma interpretação ampliativa, que estariam compreendidos no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram.

Ao afirmar-se que as restrições são normas cabe consignar que, como esclarece Alexy citado por Peces-Barba (1995, p.272) “uma norma pode ser uma restrição de direito fundamental só se é constitucional”. Dessa forma, as restrições – para serem entendidas como tais - hão de mostrar-se constitucionalmente legítimas.

Segundo Alexy (1993) é imperioso distinguir as normas legais que estabelecem as restrições – dirigidas aos cidadãos – das normas que conferem competência ao legislador para estatuir restrições aos direitos fundamentais. Através delas, o legislador fica autorizado a impor restrições a direitos fundamentais. “À competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direito fundamental”. (ALEXY, 1993, p.273). Nessa perspectiva, as reservas legais apostas a certos direitos fundamentais não são restrições, mas apenas estabelecem e fundamentam “a possibilidade jurídica de restrições”, que afinal serão estabelecidas pelos “sujeitos constitucionais competentes”. (CANOTILHO, 1999, p.767). Embora seja certo que, a partir da perspectiva do titular do direito, as reservas legais “têm algo de restrigente”, essa natureza restrigente é apenas “potencial e mediata”. (ALEXY, 1993, p.292).

A restrição poderá ser expressa em lei geral ou ser produto da interpretação jurídica levada a efeito pelo judiciário. Ou seja, ela pode surgir não apenas em abstrato, no ato legislativo, mas pode também aparecer no momento aplicativo. No plano hermenêutico, a restrição será toda interpretação e aplicação do direito “que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”. (ALEXY, 1993, p.292).

Assim, podemos perceber que o conceito de restrição liga-se à dimensão negativa da norma de direito fundamental. O aspecto positivo do direito corresponde a seu âmbito de proteção, que há de ser identificado mediante interpretação extensiva. O âmbito de proteção compreende parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessários para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, hão de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra. (BOROWSKI, 2003).

Mendes, Coelho e Branco (2000) com apoio na doutrina de Alexy (1993), adverte que a idéia de restrições aos direitos fundamentais suscita o problema relativo à possibilidade lógica de serem estabelecidas tais restrições. Nesse âmbito sobressaem-se duas teorias: a teoria externa e a teoria interna.

A chamada teoria externa enxerga o direito fundamental e a sua restrição como duas categorias distintas lógica e juridicamente, admitindo a existência por um lado, de um direito propriamente dito (que é limitado) e, do outro lado, da imposição de restrições, as quais convertem aquele direito ilimitado em um direito limitado.

Alexy (1993) afirma que, segundo a teoria externa, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. Afirma que tal relação somente é criada através de uma necessidade externa ao direito fundamental em si mesmo considerado, necessidade externa esta que se materializa na tentativa de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos bem como os direitos individuais fundamentais, de um lado, com os bens coletivos, de outro lado.

Já a teoria interna estabelece que não existe essa dicotomia de categoria, de um lado os direitos em si mesmos e de outro lado as suas restrições, mas que direito fundamental já se apresenta com um conteúdo que é determinado pela restrição a ele subjacente. Segundo a teoria interna o conceito de restrição é substituído pelo de limite, de modo que a questão não é saber se o direito fundamental deve ou não ser limitado, mas, sim, qual o seu conteúdo.

4.13

Restrição Legal e Restrição Aplicativa

As restrições aos direitos fundamentais podem ser efetivadas no plano legislativo e no plano aplicativo.

As restrições legislativas operam no plano abstrato e geral, de modo que implicam alterações no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais. O recorte operado pelas leis restritivas determina o âmbito de proteção legal vigente do direito, transformando conteúdo constitucional *prima facie* em conteúdo legal definitivo.

Já as restrições aplicativas operam no plano concreto e individual, repercutindo na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sem afetar seu conteúdo objetivo enunciado na Constituição e nas leis restritivas.⁷

Exemplificando, as normas legais que regulam a interceptação telefônica restringem o sigilo de comunicações na dimensão abstrata, enquanto a decisão judicial que determina tal providência restritiva opera uma restrição in concreto no direito subjetivo ao sigilo. Em sentido semelhante, o preceito do Estatuto da Criança e do Adolescente que veda divulgação de nome ou fotografia de menor a que se atribua a prática de ato infracional restringe o direito à liberdade de expressão e à informação no plano abstrato, sendo que decisão judicial que determine a apreensão de publicidade que tenha infringido tal preceito operará uma restrição concreta nos direitos fundamentais em questão.⁸

4.14

Restrições Expressamente Estatuídas

Direitos fundamentais há que além dos limites imanentes e de eventuais limites expressos diretamente na norma constitucional, são ainda limitados por norma infraconstitucional, seja em decorrência de expressa reserva legal, seja naquelas situações em que mesmo ausente a reserva legal, resulta lógica e razoável a limitação de modo a que sua existência é constitucionalmente válida porque tida como implicitamente autorizada.

Nestes casos, o constituinte não restringe o direito: apenas prevê a possibilidade de restrição, atribuindo aos órgãos de poder a competência para intervir nos direitos em certas circunstâncias e sob determinada forma jurídica.

⁷ Em sentido semelhante, Novais (2003), distingue essas duas modalidades de restrição aos direitos fundamentais e denominado as restrições abstratas de restrições em sentido estrito e as concretas de intervenções restritivas. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição.

⁸ “Art. 247 – Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo a criança ou adolescente a que se atribua ato infracional: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”.

A Constituição ainda autoriza, em diversas disposições, a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos fundamentais. Nesses casos, o próprio legislador constituinte achou por bem estabelecer limitações expressas para o exercício de alguns direitos. Essas limitações expressamente estatuídas por sua vez podem constituir reserva legal simples ou reserva legal qualificada.

Fala-se em reserva legal simples quando a restrição se impõe sem condição alguma, ou seja, o legislador constituinte deixa ao legislador ordinário a tarefa de limitar o direito sem estabelecer qualquer parâmetro para tal. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000). Na Constituição de 1988, encontram-se diversos exemplos desse tipo de reserva. Pode-se mencionar o inciso XV do art. 5º que consagra a liberdade de locomoção nos termos da lei; bem como o inciso XVIII do art.5º, segundo a qual “a criação de associações e, na forma da lei, de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”; e ainda, o inciso LVII, do mesmo artigo, que estabelece que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.”

As reservas legais qualificadas são aquelas que não se limitam a enunciar o requisito formal de que a intervenção seja efetiva por eliminação, mas também estipulam, de antemão, o objeto, a finalidade da lei reguladora, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados. Um preceito que consagra tal espécie de reserva é o inciso XIII, do art. 5º da CF/88, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. O inciso LX “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem.”.

4.15

Restrições Expressamente Estatuídas pela Constituição

As restrições expressamente estatuídas pela Constituição são aquelas previstas por meio de cláusulas restritivas explícitas. Temos o exemplo típico de direito fundamental com restrições expressas constitucionalmente estabelecidas é

o direito de reunião, que deve ser (a) pacífica, (b) sem armas e não pode (c) frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, de forma a que, faltando um dos dois pressupostos iniciais ou estando presente a circunstância arrolada ao final, a hipótese fática de cidadãos reunirem-se em locais públicos já não se achará incluída dentro do âmbito de proteção da norma jusfundamental do art. 5º, XVI, da Constituição Federal. São também exemplos de restrições expressas a vedação ao anonimato prevista no art. 5º, IV, que consagra a liberdade de expressão; o estabelecimento da liberdade de ir e vir em tempo de paz, previsto no art. 5º, XV; a vedação de associações de caráter paramilitar contida no art. 5º, XVII, que enuncia a liberdade associativa; e a possibilidade de instituir-se pena de morte em caso de guerra declarada, como previsto no art. 5º, XLVI.