

FLÁVIO PIEROBON

**LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU  
CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**JACAREZINHO-PR  
2015**

FLÁVIO PIEROBON

**LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU  
CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de conclusão do Curso de pós-graduação estrito senso em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP da linha de pesquisa Estado e responsabilidade, entregue como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Vladimir Brega Filho

**JACAREZINHO-PR  
2015**

FLÁVIO PIEROBON

**LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU  
CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de conclusão do Curso de pós-graduação estrito senso em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP da linha de pesquisa Estado e responsabilidade, entregue como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

---

Dr. Vladimir Brega Filho

---

Dr. Fernando de Brito Alves

---

Dr. José Roberto Anselmo

Jacarezinho, 20 de julho de 2015.

Aos meus pais, por tudo.  
À Naty, por ser minha Naty.

## **AGRADECIMENTOS**

Sempre e sempre aos meus amados pais, Aparecido e Antonia, por tudo. Vocês são o orgulho da minha vida!

Aos meus irmãos, pela confiança e pelos exemplos de caráter e de carinho.

À família como um todo, especialmente Isabel D'Angelo Nogueira, firme incentivadora das batalhas da vida.

À Natália D'Angelo Pierobon, minha esposa, amiga, amante e companheira de jornada, pela força e pela delicadeza, pelo empenho e compreensão que só os que amam conseguem ter.

Agradeço aos amigos da Turma X, aos mais próximos e aos mais distantes, cada um, de uma forma ou de outra, tornaram a empreitada menos difícil. Especialmente àqueles que, pela proximidade, fizeram da dura caminhada um agradável caminhar junto a cada semana: Raquel, Elaine e Zé, obrigado.

Aos professores, todos, pela paciência e pela competência. Especialmente ao meu orientador, professor Vladimir Brega Filho, pelas orientações, paciência e caráter. Bem como ao professor Fernando de Brito Alves, pelo incentivo e oportunidades de diálogos construtivos.

Aos servidores da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, pela acolhida e pelo carinho no trato, especialmente àquela que é o eixo sobre o qual o mestrado gira ano após ano, à especial Maria Natalina.

A todos, obrigado!

PIEROBON, Flávio. **LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O SEU CONTROLE PELO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**. 2015. 120 f. Dissertação de Conclusão do Curso de pós-graduação estrito senso mestrado em Ciência Jurídica da Linha de pesquisa Estado e responsabilidade – Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, JACAREZINHO-PR.

## RESUMO

O trabalho tem como tema central a análise das restrições aos direitos fundamentais, o que faz a partir de uma premissa de máxima eficácia das normas constitucionais. A análise feita objetiva encontrar argumentos teóricos que reforcem a eficácia dos direitos fundamentais e que diante de inevitável restrição a tais direitos possa-se utilizar de mecanismos de restrição que permitam o controle da validade e da coerência dos argumentos utilizados pelos agentes estatais na restrição dos direitos fundamentais. O trabalho se desenvolve tendo como paradigma o ordenamento jurídico brasileiro, que está constituído como base em um modelo de Estado democrático de Direito. Utilizou-se como método de pesquisa a análise doutrinária acerca da teoria dos direitos fundamentais, levando em consideração as principais abordagens acerca das restrições destes Direitos. Esta análise sofre forte influência da teoria do Direito desenvolvida por autores europeus. O trabalho não se presta a defender uma teoria ante as outras possíveis teorias dos Direitos fundamentais, mas optou-se por analisar como se desenvolve, dentro da teoria dos princípios de Robert Alexy, o problema da restrição aos Direitos fundamentais. Ainda, como parte da metodologia utilizada, foram analisadas cinco decisões proferidas pelo STF, com a finalidade de encontrar em tais julgados argumentos que demonstrem a utilização da teoria dos princípios e a coerência de tais argumentos dentro daquilo que é concebido por Robert Alexy. A análise doutrinária permite deixar evidente como se comporta a teoria dos princípios de Robert Alexy em relação a restrição aos Direitos fundamentais e a possibilidade de sua utilização para o modelo de Direito brasileiro. Conclui-se, após a análise dos julgados, que não se evidencia a adoção clara da teoria dos princípios de Robert Alexy, mesmo que, em alguns casos, sejam utilizados elementos de sua teoria, o que deixa transparecer um problema de fundamentação teórica dos argumentos utilizados pelo STF, quando da solução de casos que coloquem em questão a eficácia de direitos fundamentais e a necessidade de restrição de tais Direitos.

**Palavras-chave:** Limites e Restrições. Direitos Fundamentais. Democracia. Estado Democrático de Direito.

PIEROBON, Flávio. **LIMITS AND RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS AND THIS CONTROL BY THE JUDICIARY IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW STATE.** 2015. 120 l. Dissertation to complete of post-graduation strict sense master's degree in Legal Science Research Line State and responsibility - Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, JACAREZINHO-PR.

#### **ABSTRACT**

The work is focused on the analysis of the restrictions on fundamental rights, which is from a premise of maximum effectiveness of constitutional norms. The objective analysis done to find theoretical arguments that reinforce the effectiveness of fundamental rights and that before inevitable restriction of such rights may be used restriction mechanisms to control the validity and coherence of the arguments used by state agents in restricting the right fundamental. The work is developed having as paradigm the Brazilian legal system, which is constituted as the basis of a democratic state model of law. It was used as a research method doctrinal analysis about the theory of fundamental rights, taking into account the main approaches about the restrictions of these rights. This analysis suffers strong influence of legal theory developed by European authors. The work does not lend itself to defend a theory at other possible theories of fundamental rights, but it was decided to analyze how it develops, within the theory of the principles of Robert Alexy, the problem of restriction on fundamental rights. Yet, as part of the methodology used, five decisions were handed down by the Supreme Court analyzed, in order to find judged in such arguments that demonstrate the use of the theory of principles and consistency of such arguments within what is designed by Robert Alexy. The doctrinal analysis allows you to leave clear how it behaves theory principles of Robert Alexy regarding the restriction of fundamental rights and the possibility of their use for the Brazilian right model. It concludes, after analysis of the trial, that there is no evidence the clear adoption of the principles of the theory of Robert Alexy, even if, in some cases, are used elements of his theory, which reveals one theoretical foundation problem of the arguments used by STF when the cases of solution that put into question the effectiveness of fundamental rights and the need for restriction of such rights

**Keyword:** Limits and Restrictions. Fundamental Rights. Democracy. Democratic Rule of Law State.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AR – Agravo retido

Art. - Artigo

CF/67 - Constituição Federal de 1967

CF/88 - Constituição Federal de 1988

*e.g – exempli gratia*

EC n<sup>o</sup> - 1- Emenda Constitucional número 1

HC – Habeas corpus

MI - Mandado de Injunção

*p.e – por exemplo*

RDA - Revista de Direito Administrativo

RE – Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 ESTADO, DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>14</b>
<b>1.1 Constitucionalismo e o Paradigma Positivista e Pós-Positivista do Direito</b> .....	<b>14</b>
1.1.1 O Surgimento e a Afirmação do Estado de Direito.....	15
1.1.2 O Surgimento e a Afirmação do Juspositivismo.....	20
<b>1.2 Estado de Direito e Direitos Fundamentais</b> .....	<b>23</b>
<b>1.3 Princípios como Mandados de Otimização</b> .....	<b>27</b>
1.3.1 Considerações sobre a teoria dos princípios de Alexy.....	30
<b>2 EFICÁCIA E RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>34</b>
<b>2.1 Eficácia Social e Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais</b> .....	<b>35</b>
<b>2.2 Limites e Restrição dos Direitos Fundamentais</b> .....	<b>38</b>
2.2.1 Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais.....	59
2.2.1.1 Suporte fático restrito e suporte fático amplo.....	67
2.2.2 Teorias dos limites e restrições dos direitos fundamentais.....	71
2.2.2.1 Teoria dos limites internos.....	73
2.2.2.2 Teoria dos limites externos.....	78
2.2.3 Limites aos Limites dos Direitos Fundamentais.....	82
<b>3 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>89</b>
<b>3.1 Limites dos Limites e Discricionariedade do Poder Judiciário</b> .....	<b>92</b>
<b>3.2 STF e as Restrições aos Direitos Fundamentais</b> .....	<b>94</b>
3.2.1 Exame de DNA e Inviolabilidade do Corpo Humano – Habeas Corpus nº 71373-4.....	95
3.2.2 Marcha da Maconha e a liberdade de Reunião e de Expressão - ADPF 187.....	98
3.2.3 Penhora de Bem de Família e Direito à Moradia - Recurso Extraordinário nº 407.688.....	103
3.2.4 Liberdade de Profissão e Exame de Ordem para Advogados - Recurso Extraordinário nº603583.....	106
3.2.5 Inafastabilidade do Poder Judiciário e Limites não Expressos do Mandato - Agravo Retido nº 2156 .....	111
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

O problema da eficácia dos direitos fundamentais vem ocupando grande espaço no âmbito acadêmico, o que acaba sendo amplificado por um cenário de destaque das decisões proferidas pelo STF, onde são debatidas questões controvertidas acerca da aparente colisão de direitos fundamentais.

O trabalho se desenvolve como base uma dogmática analítica, a fim de que o produto da análise seja capaz de trazer alguma utilidade para aqueles que se ocupam do problema da eficácia dos Direitos fundamentais, problema este que está no centro dos debates sobre o papel das instituições dentro de um Estado democrático de Direito.

Não se busca apresentar uma solução definitiva para o tema, mas pretende-se fazer uma análise da doutrina e da jurisprudência acerca da eficácia dos Direitos fundamentais no Brasil, mais precisamente das restrições ao conteúdo dos Direitos fundamentais, especialmente em relação aos argumentos para justificar a restrição aos Direitos fundamentais no Brasil.

O trabalho está na antessala dos debates específicos sobre eficácia do Direito à saúde, ao trabalho, liberdade de expressão, Direito à educação, entre tantos outros. É um trabalho de teoria dos Direitos fundamentais e, como tal, também de teoria do Direito, o que permite perfilar à linha de pesquisa do mestrado e com a área de concentração “Estado e responsabilidade”.

Por mais que exista um interesse em analisar o pragmatismo das decisões judiciais emanadas especialmente do STF, o trabalho há de cumprir primeiro a tarefa de trazer as teses debatidas sobre a eficácia dos Direitos fundamentais e, ao final, demonstrar como a jurisprudência do STF tem se comportado a respeito do tema. Desta forma, o caráter analítico do trabalho ganha em abordagem empírica, visto que contará também com a análise de precedentes jurisprudenciais relativos à matéria constitucional.

O recorte do objeto de trabalho pode ser justificado por duas razões. A primeira diz respeito ao marco teórico do trabalho, que está ligado à teoria dos princípios de Robert Alexy. Essa primeira justificativa fundamenta a segunda, visto que a adoção da teoria de Alexy conduz o trabalho para uma classificação das normas constitucionais, especialmente de Direitos fundamentais, em normas regras e normas princípios.

Sendo as normas constitucionais de duas espécies, regras ou princípios, importará para a sua eficácia não mais a classificação a partir da aplicabilidade, pois todas as normas constitucionais são imediatamente aplicáveis, mas sim a sua condição de norma regra

ou norma princípio, o que possibilita uma discussão mais voltada para o problema das restrições e limites aos Direitos fundamentais, objeto principal do presente trabalho.

Em lugar de se adotar uma posição específica e defendê-la ante todas as demais teses possíveis sobre os temas que serão aqui debatidos, o trabalho opta por descrever as teses difundidas na doutrina, sedimentando o caminho para que a etapa de compreensão das teorias sobre os Direitos fundamentais possa justificar, ao final, uma análise teórica das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Desta forma, o primeiro item tem como finalidade estabelecer a premissa sobre a qual se fundará o trabalho. Trata-se de um breve desenvolvimento da teoria do Estado e do Direito até a concepção de um Estado democrático de Direito.

A necessidade de se abordar a formação do Estado democrático de Direito dentro de um trabalho sobre limites e restrições (eficácia) dos Direitos fundamentais advém da percepção de que o Estado democrático de Direito conjuga em si uma nova proposta de Estado e de Direito, em comparação com a proposta surgida na Europa e nos Estados Unidos da América sob o nome de Estado moderno.

Além disso, a própria Constituição brasileira de 1988 positivou, em seu artigo 1º, que o Estado brasileiro é um Estado democrático de Direito. Essa calcificação da teoria do Estado e do Direito, em norma constitucional, traz para a eficácia dos Direitos fundamentais um efeito superlativo em relação à forma de conceber e exigir Direitos fundamentais. Assim, o primeiro item desenvolve a ideia de uma evolução da teoria do Direito que ocorre junto com a mudança da teoria do Estado. Desta forma, se na teoria do Estado a evolução permite reconhecer, não linearmente, o surgimento e a passagem de um Estado absolutista para um Estado liberal e depois social de Direito, fazendo ainda emergir, após as guerras mundiais, um Estado democrático de Direito, no âmbito da teoria do Direito é possível demarcar uma mudança conceitual em relação à concepção positivista e pós-positivista do Direito.

Com base nisso, se estabelece como premissa para o presente trabalho que a atual fase do Direito constitucional brasileiro deve ter como paradigma um Estado democrático de Direito e uma teoria pós-positivista do Direito. Ainda no primeiro momento, será dedicado um tópico para abordar a teoria dos princípios como teoria característica do pós-positivismo, tomando por base a teoria desenvolvida por Robert Alexy, que concebe os princípios como mandados de otimização.

Em seguida, o estudo se dedica a analisar as teorias sobre os limites e restrições a Direitos fundamentais. Trata-se do objeto principal do trabalho. A teoria dos

limites e restrições dos Direitos fundamentais tem já alguns trabalhos sedimentados na dogmática jurídica, mas não tem alcançado na doutrina brasileira uma maior preocupação teórica. Veja-se que livros essenciais sobre a eficácia das normas constitucionais, como o livro “O Direito constitucional e a efetividade de suas normas”, do Ministro Luís Roberto Barroso, não trata da questão dos limites e restrições a Direitos fundamentais, levando o debate mais para o campo da classificação das normas e dos instrumentos processuais que podem corrigir a ineficácia das normas constitucionais. A abordagem aqui será outra.

Conduzindo a análise do tema exclusivamente para o campo dos Direitos fundamentais, adota-se, como premissa, o fato de que não há direito absoluto e, portanto, todos os Direitos fundamentais podem sofrer limites e restrições. Essa premissa é menos uma questão teórica, em que pese decorrer logicamente da teoria dos princípios, e mais uma constatação pragmática da própria forma de positivação dos Direitos fundamentais na Constituição de 1988, visto que, em vários dispositivos constitucionais, a Constituição remete ao legislador a competência para atribuir restrições e dar conformação aos Direitos fundamentais.

A competência do legislador ordinário tem efeitos diretos na eficácia dos Direitos fundamentais, seja para aumentar ou para esvaziar a capacidade de gerar efeitos da norma de Direito fundamental. Por esta razão, a atuação do legislador não é isenta de limites. A restringibilidade dos Direitos fundamentais, no entanto, não é algo desprovido de polêmica, especialmente uma que está na origem de toda a ideia de restrição a Direitos fundamentais por obra do legislador constituído, a de que a Constituição é, dentro do ordenamento jurídico, o fundamento de validade formal e material de todas as demais normas jurídicas e, portanto, não pode ser contrariada por norma infraconstitucional.

Tal objeção pode colocar abaixo toda a ideia de limites e restrições a Direitos fundamentais promovidos por meio de normas infraconstitucionais. Entretanto, a teoria do Direito e, principalmente, a teoria dos princípios oferecem aqui um socorro que não só põe a salvo a possibilidade de restrições infraconstitucionais, mas justificam a necessidade de suas existências. A adoção de qualquer das várias teorias que envolvem o debate do tema pode acarretar uma maior ou menor liberdade ao legislador, assim como uma maior ou menor eficácia aos Direitos fundamentais.

Dizer que Direitos podem ser restringidos não significa aceitar que podem ser revogados ou violados. Por isso, identificar o suporte fático da norma constitucional, e com isso o seu âmbito de proteção e o seu conteúdo essencial, é fundamental na limitação da

atuação do Poder Legislativo. Nesse aspecto, as teorias jurídicas serão o ponto determinante para o alcance (eficácia) das normas constitucionais.

A doutrina costuma identificar neste tema (restrições a Direitos fundamentais) apenas dois pontos de controvérsia, o debate entre a teoria interna e a teoria externa e a adoção de um conteúdo essencial absoluto ou relativo. Entretanto, mesmo que se possa resumir a dois pontos a principal divergência sobre o tema, há dentro de cada uma dessas teorias desdobramentos que não são simples e que também acarretam consequências importantes para a análise de casos onde há restrições a Direitos fundamentais. Assim, se os Direitos fundamentais não são absolutos, a liberdade de impor restrições a Direitos fundamentais também não, e caberá ao Poder Judiciário - STF - controlar os limites impostos aos Direitos fundamentais pelo legislador, trata-se da teoria dos limites dos limites.

A atuação do STF no papel de guardião da Constituição (art. 102 da CF/88), e conseqüentemente das restrições que podem ser impostas aos Direitos fundamentais, põe luz sobre a atuação do próprio STF colocando em debate a legitimidade do Tribunal para impor limites ao Poder Legislativo que é o legítimo representante do titular do Poder constituinte originário, o povo.

No terceiro item é feita uma breve abordagem acerca do papel do Poder Judiciário na posição de órgão que fiscaliza as restrições impostas aos Direitos fundamentais, sem deixar de levar em consideração que, em muitas ocasiões, quem promove as restrições é o próprio STF, por meio de análise de casos concretos. Também são abordadas cinco decisões proferidas pelo STF, a fim de analisar os argumentos teóricos utilizados no Tribunal quando do controle das restrições aos Direitos fundamentais.

Os casos selecionados para análise têm repercussão nacional, dada a importância do tema em debate. Neste sentido são analisados os temas da marcha da maconha e a liberdade de reunião e de expressão; penhora de bem de família e Direito à moradia; exame de DNA e inviolabilidade do corpo humano; acesso ao Poder Judiciário e limites do mandato e liberdade de profissão e exame de Ordem para Advogados.

Obviamente que a análise não reflete o entendimento do STF de forma plena sobre as restrições a Direitos fundamentais, visto que a seleção de julgados reflete apenas uma pequena parte das inúmeras ações julgadas pelo Tribunal, mas permite entender como o STF já analisou casos desta natureza, dando um indício de como poderá voltar a analisar em casos semelhantes.

## **1 ESTADO, DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O objetivo deste estudo é desenvolver a questão de fundo do trabalho, ou seja, identificar as bases sobre as quais está sedimentado o Estado constitucional brasileiro enquanto Estado democrático de Direito.

Para tanto, será discutida inicialmente a concepção de Estado de Direito ante ideais modernistas e contemporâneos, compreendendo como contemporâneo as propostas da teoria e da filosofia do Direito predominantes após a primeira guerra mundial, e moderno - as concepções de Direito e de Estado desenvolvidas no mundo ocidental a partir do século XV, especialmente após o tratado de Westfalia (DALLARI, 2003).

Juntamente com o desenvolvimento da ideia de Estado de Direito é necessário analisar a influência da concepção positivista e pós-positivista do Direito, o que reflete na própria noção de Estado de Direito. Se na Europa a passagem de um Estado de Direito liberal para um Estado contemporâneo e pós-positivista de Direito se deu a partir da segunda guerra mundial, no Brasil essa mudança ocorreu a partir da promulgação da Constituição de 1988. Nesse sentido, é importante deixar claro que o positivismo a ser analisado no trabalho é o positivismo jurídico e não o positivismo filosófico ou sociológico. Essa afirmação tem o condão de determinar o objeto da análise a fim de evitar uma eventual frustração quanto ao conteúdo do trabalho.

### **1.1 Constitucionalismo e o Paradigma Positivista e Pós-Positivista do Direito**

No contexto do Direito brasileiro, especialmente o Direito constitucional, as influências europeias marcam significativamente o modo de pensar e agir dos operadores do Direito pátrio. A Europa ocidental assim como os Estados Unidos da América construíram seus ordenamentos jurídicos pautados por um conceito de Estado de Direito muito similar, mesmo que com algumas diferenças essenciais. Por sua vez, no Brasil o modelo que se seguiu, desde a independência, foi o modelo de Estado de Direito Europeu, calcado no contratualismo social e, posteriormente, influenciado pelo paradigma positivista de Direito.

Contudo, antes de discutir as influências do positivismo jurídico na teoria do Direito e no Direito aplicado no Brasil, é necessário que se desenvolva uma ideia clara de Estado de Direito, pois será sobre esse conceito que se desenvolverá toda a discussão do trabalho.

### 1.1.1 O Surgimento e a afirmação do Estado de Direito

O surgimento do Estado de Direito está atrelado à afirmação do Estado moderno<sup>1</sup>, ou seja, trata-se de uma percepção europeia de Estado, mesmo que também desenvolvida nos Estados Unidos. É de se notar que, para chegar ao Estado Moderno, a sociedade passou por várias formas de organização política, diferenciando-se a Idade Antiga, a Polis grega, o Império Romano, o período Medieval até chegar no Estado Moderno (ALARCÓN, 2011).

A fim de evitar um grande incurso histórico, vale citar, como ponto de partida, a lição de Novais (2004, p. 15):

O chamado Estado moderno que se sucede à desagregação do sistema medieval surgirá, precisamente, como resultado dos processos de centralização do poder político e de supressão progressiva desses privilégios feudais e barreiras corporativas medievais.

A centralização do Poder permitiu que se desfizessem as várias e intrincadas relações sociais que, na idade média, dependiam da intermediação do senhor Feudal e da igreja, passando a uma relação direta entre o Monarca e os súditos.

De acordo com Jorge Reis Novais, o Estado moderno nasce calcado em três pilares mestre: a ideia de nação, secularização e soberania (NOVAIS, 2004, p. 16). Esses três pilares influenciarão o desenvolvimento de uma ideia de democracia moderna e de um Estado de Direito, visto que o Estado democrático de Direito é a junção de duas concepções que não nasceram juntas. A percepção do Estado democrático nem sempre esteve vinculada à ideia de Estado de Direito, assim como o Estado de Direito nem sempre foi democrático.

Quanto à ideia de nação, é possível dizer que a vinculação dos indivíduos a certa delimitação territorial foi motivada por afinidades de língua, religião, ideologias e fez surgir um sentimento de nacionalização importante para a unificação do Poder nas mãos do Monarca (MIRANDA, 2003).

Em relação à secularização, é importante marcar a existência do movimento conhecido como renascimento, pois foi a partir do renascimento que começaram a surgir as primeiras críticas à justificação divina do Monarca, bem como um estudo mais aprofundado

---

<sup>1</sup> A utilização da ideia de um Estado Moderno Europeu tem como finalidade apenas identificar uma percepção de modelo de Estado e não o de indicar uma formação única e similar em todos os estado europeus, deixando claro que mesmo na Europa a passagem - ou ausência de passagem - de uma sociedade feudal para um estado de direito foi muito diversificada.

sobre o Direito natural que, posteriormente, passou a sofrer críticas em prol da necessidade de racionalização na criação das normas jurídicas (MACHADO, 2012).

Quanto à soberania, a divisão entre igreja e Estado foi importante para a construção de um conceito de soberania estatal, mas criou uma lacuna em relação ao ordenamento jurídico dentro do território estatal que ainda estava se formando.

Vale ressaltar que, no período medieval, conviviam ordenações feudais, canônicas e monárquicas. Assim, as regras da igreja eram também as regras da sociedade. Com o afastamento da igreja das questões estatais, criou-se um espaço de quase anomia que foi necessário preencher. O retorno ao Direito Romano como ordem jurídica foi preponderante na transição da Idade Média para o Estado Moderno, porque foi o Direito romano que serviu de fundamentação para justificar juridicamente a posição do Monarca como chefe de Estado, pavimentando o caminho para o surgimento do Estado moderno.

A primeira etapa do Estado moderno se divide em duas fases: A primeira fase se dá com a presença de uma sociedade totalmente estamental e que era ainda reflexo do período medieval. Essa fase é marcada pela possibilidade de ingerências da nobreza em algumas decisões do Monarca e também de certo privilégio tributário para essa classe (BOBBIO, 2004, p.428).

Essa primeira fase não demorou em findar, até mesmo porque esta estamentização da sociedade foi fortemente combatida pelos pensadores da nova organização social, o que se desejava era a centralização do poder.

A segunda fase dessa primeira etapa se deu com a afirmação do Monarca como o soberano dentro de certo território que já estava bem delimitado. O Monarca avocou para si todo o poder estatal e deu início ao que se convencionou chamar de absolutismo. A passagem dos estamentos medievais para a afirmação e centralização do poder estatal nas mãos do monarca induziu, num primeiro momento, a formação de um estado absolutista no qual o monarca se configurava como o dono do Estado, colocando-se, inclusive, acima do próprio Direito (NOVAIS, 2004, p. 17).

A segunda etapa do Estado moderno abandona a ideia de soberania do monarca sobre tudo e sobre todos para dar espaço ao Estado de polícia. Esse modelo já começava a sofrer a influência das ideias iluministas do século XVIII.

O poder de polícia permitia que o Estado tivesse plenos poderes, como no Estado absolutista, mas nesta fase a justificação do poder estatal não vinha de Deus ou do Direito natural, mas da racionalidade da vontade geral. O poder de polícia do Estado não era em função da pessoa do monarca, que podia tudo dentro do seu território, mas do poder que o

monarca deveria exercer com base na defesa dos interesses da coletividade, o que justificava arbitrariedades de ordem econômica e pessoal, sempre em nome do bem público (NOVAIS, 2004).

Do ponto de vista político esse modelo de Estado sufocava as classes sociais que não tinham espaço para se desenvolver e não tinham qualquer controle sobre as decisões políticas do Estado, especialmente os burgueses que não encontravam liberdade suficiente para promover seu crescimento econômico. Do ponto de vista jurídico, havia insegurança jurídica e pouco espaço de liberdade aos cidadãos que ficavam atados às leis que eram emanadas exclusivamente do Monarca.

A necessidade de controlar as tomadas de decisões políticas do Estado e a necessidade de construir um substrato jurídico que desse plena liberdade comercial aos burgueses, pautado preferencialmente em um Direito escrito previamente e racionalmente constituído, foram as grandes razões para a construção de uma nova forma de organização política, o Estado liberal.

A passagem do modelo de um Estado absolutista e de polícia para o Estado de Direito - liberal - não se deu pacificamente e tem como maior exemplo a Revolução Francesa.

No plano jurídico, esse projecto traduzia-se nas necessidades de “domesticar” o poder político, racionalizando o seu exercício através de sua prévia regulação e limitação jurídicas, de controlar a atividade da Administração através da sua submissão à lei, de garantir o livre desenvolvimento da atividade econômica, protegendo-a de quaisquer intervenções estatais não previstas e, assim, genericamente, garantir a liberdade dos cidadãos.

[...]

Nos finais do século XVIII o êxito das revoluções americana e francesa constitui o marco histórico decisivo que assinala a vitória desse novo projecto político que, inspirado originariamente na ideologia liberal, renunciava a instauração generalizada de um novo tipo histórico de Estado ao longo dos séculos XIX e XX – o Estado de Direito (NOVAIS, 2004, p. 18-19).

A nova concepção de Estado veio acompanhada de uma percepção de organização e limitação do Estado através da figura de uma Constituição escrita (constitucionalismo) e da vontade do povo manifestada nos parlamentos. Com isso, subordinavam-se todos os poderes do Estado à Constituição, aumentando a esfera de autonomia e liberdade dos cidadãos. Essa regulação da atuação estatal era promovida pelo Direito e tinha como ferramenta principal a Constituição.

Pode-se identificar a afirmação do Estado de Direito oitocentista com as seguintes características: separação entre Estado e sociedade e racionalização do Estado. Essas duas características essenciais serão amparadas pela ideologia liberal e pelo movimento constitucionalista.

Quanto à racionalização do Estado, o Direito surge como mecanismo para estabelecer espaços de autonomia ao indivíduo, submetendo o Estado ao Direito e opondo os Direitos fundamentais diretamente ao Estado. Assim, o constitucionalismo moderno servirá de mote para limitar o poder estatal que terá a sua atuação regida por normas jurídicas emanadas da vontade do povo.

A primeira etapa da construção do Estado de Direito se sujeita à elaboração de uma Constituição atrelada ao ideal liberal, sendo exemplo claro deste ideal a Constituição Americana de 1787 e a Francesa de 1791.

Nessa quadra da história não há ainda uma substância constitucional, mas apenas um papel essencialmente organizatório do Estado nos termos do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “só há Constituição onde há Direitos do homem e separação de poderes” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, *on line*).

A racionalização do Direito estava acompanhada pela construção de uma estrutura estatal onde não era possível o acúmulo de poder nas mãos de uma pessoa ou um grupo pequeno de poder. Nesse ponto, a teoria da separação de poderes emergiu como dogma constitucional que visava dar ao Estado uma funcionalização do exercício do poder estatal.

Com o advento do Estado de Direito o Estado obviamente se tornou mais racional, visto que todos os atos estatais deviam buscar amparo e legitimidade nas normas jurídicas positivadas, em último grau, na Constituição, tendo no Direito o limite do agir estatal. Contudo, o papel preponderante neste sistema jurídico de matriz liberal do século XVIII e XIX não ocorreu da mesma forma nos Estados Unidos e na Europa. O controle de constitucionalidade das leis surgiu nos Estados Unidos a partir de 1803 no caso *Marbury vs Madison*, mas se desenvolveu na Europa cerca de um século depois.

Na Europa o papel central dentro do ordenamento jurídico não coube inicialmente às Constituições, mas sim aos Códigos cujos exemplos mais pujantes são o Código de Napoleão e o Código Civil alemão, e isso fazia todo o sentido dentro do projeto político de implementação do Estado de Direito liberal burguês.

O ideal burguês de construção do Estado de Direito foi sempre o de dominar a estrutura política a fim de assegurar plena liberdade e proteção às conquistas econômicas já

alcançadas pela burguesia. Desta forma, mesmo com uma atuação bastante diversa daquela que ocorria na Grécia antiga, o Parlamento tornou-se o centro do sistema político, mas agora ocupado pelos burgueses e não pelos cidadãos da Polis, o que elevou a atuação legislativa ao patamar de última *ratio* do Estado e com caráter soberano, a ponto do Código de Napoleão vedar expressamente qualquer interpretação do texto ali transcrito.

O Estado de Direito liberal realiza-se, assim, como estado racional através do império da lei sobre todos os atos estatais e através da correspectiva supremacia do Parlamento sobre os restantes órgãos do Estado (NOVAIS, 2004, p. 26).

Com base na afirmação da supremacia do Parlamento se desenvolveu o princípio da legalidade Administrativa, que vincula a atuação estatal à previsão legal, o que coloca a atuação administrativa completamente abaixo da atuação do Legislativo, tendo ainda como complemento a possibilidade de revisão judicial dos atos praticados pelo Administrador (NOVAIS, 2004, p. 26-27).

Essa mecânica liberal é bastante lógica, visto que, se o Estado está limitado constitucionalmente a agir exclusivamente com base na lei, bastava aos burgueses apenas ocupar o Poder que faz a lei para ter pleno controle da atuação estatal.

Ainda como decorrência dessa ocupação política do Poder Legislativo pelos burgueses, foi característico das Constituições do século XIX (inclusive a Constituição brasileira de 1824) a previsão de votos censitários, a ponto de evitar que aqueles que fossem desprovidos de posses ocupassem o parlamento. Essa postura colocava ainda mais o Estado sob os interesses dos burgueses que se ocupavam do principal órgão estatal, a fim de submeter a atuação do Estado a mero fiscal das garantias individuais, sem qualquer preocupação com a promoção da justiça social. Com isso, é possível afirmar que a formação do Estado de Direito tem como base ideológica o liberalismo individualista, justificado filosoficamente pelo paradigma da consciência que eleva o sujeito a centro do universo. Além disso, do ponto de vista do Direito, os movimentos constitucionalistas (americano e francês)<sup>2</sup> deram suporte para a positivação dos Direitos e à supremacia da lei e do Parlamento, o que acabou abrindo caminho para o paradigma juspositivista do Direito.

---

<sup>2</sup> Não se pode deixar de anotar, porém, que a afirmação de um sistema de controle de constitucionalidade se deu de forma diferente na Europa e nos estados Unidos. A Constituição Americana já nasceu sob o signo de norma hierarquicamente superior, tanto que o caso símbolo do controle difuso de constitucionalidade se deu já em 1803, mas na França e na Europa de influência romano-germânico o controle de constitucionalidade vai surgir apenas com a influência de Kelsen e da Constituição Austríaca de 1920.

### 1.1.2 O Surgimento e a Afirmação do Juspositivismo

Quanto ao positivismo jurídico é importante ressaltar inicialmente<sup>3</sup> que seu surgimento está atrelado a uma ideia de contraponto ao jusnaturalismo (BOBBIO, 1995). A afirmação do Estado moderno em torno de um Estado de Direito tornou propício uma forma de ver e fundamentar o Direito que era diferente do Direito natural. Por isso, o juspositivismo deve ser analisado junto com a formação do Estado de Direito.

Segundo Streck (2011, p. 31):

O “positivo” a que se refere o termo ‘positivismo’ é entendido aqui como fatos [...]. Evidentemente, ‘fatos’, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.

Entretanto, como o Direito se configura como numa ciência eminentemente normativa, diferenciando-se das ciências da natureza (BARROSO, 2011), o aspecto real que coube ao Direito foi apenas a lei escrita, como produto racional e procedimental do Parlamento (STRECK, 2011). Nessa primeira fase do positivismo jurídico, os fatos do Direito recairão sobre os códigos, especialmente o Código Civil Francês (1804) e Alemão (1900).

Essa percepção do Direito, como produto racional e comprovado cientificamente, tem um substrato fático e político que lhe dá sustentação e que desembocará no Estado de Direito do século XVIII, já acima delineado.

O substrato filosófico que estava na base da construção de um Estado de Direito teve em autores como Montesquieu e Rousseau as teorias fortes para combater o poder absoluto do rei, iniciando uma nova forma de organização social chamada de Estado de Direito. Esse processo de modernização do Estado é também um processo de modernização do Direito. Se em relação ao Estado a modernização se deu com a afirmação da unificação do poder e com o monopólio da força física pelo Estado; quanto ao Direito, a modernização se deu com a passagem de um sistema pautado nos costumes e influenciado por valores culturais, para um sistema de normas jurídicas escritas e concebidas de forma racional.

O racionalismo positivista decorreu do papel que o positivismo quis dar ao Direito como ciência. A tentativa de aproximar as ciências sociais das ciências exatas,

---

<sup>3</sup> A afirmação de que inicialmente está atrelado a uma ideia de contraponto ao jusnaturalismo se faz porque não há uma história única para o mundo e, principalmente, para as construções teóricas que ocorreram em diferentes partes da Europa e da América.

tornando o conhecimento do Direito uma questão de fato e não de valor, exigia que o positivismo se afastasse de qualquer concepção valorativa dos fatos.

O efeito dessa concepção mais racional da vida em sociedade ocasionou uma leitura factual e não moral do Direito. Nas palavras de Bobbio, citando Austin, o positivista estuda o Direito “como ele é e não como deveria ser” (BOBBIO, 1995, p. 136).

Como teoria do Direito, o positivismo se desenvolveu no paradigma filosófico do sujeito ou da consciência, razão pela qual as soluções encontradas para o sistema jurídico positivista são todas voltadas para o sujeito e não para a coletividade.

Para Norberto Bobbio (1995, p. 133-134), o positivismo jurídico é caracterizado por: a) um certo modo de abordar o estudo do Direito, b) uma certa teoria do Direito e, c) uma certa ideologia do Direito. A análise do positivismo jurídico pode ser feita em segmentos para cada uma dessas características. Entretanto, nesse momento e para os fins pretendidos neste trabalho, importa apenas o item “b”.

Quanto a teoria do Direito (item “b”), cinco aspectos são fundamentais para compreender o positivismo jurídico: I) Quanto ao conceito de Direito, o positivismo define o Direito pela coação, a partir da “teoria da coatividade do Direito” (BOBBIO, 1995, p. 131). II) Quanto às fontes do Direito, o positivismo está calcado na lei como fonte principal e mesmo que não exclua as demais fontes, somente as concebe a partir da ideia de legalidade (BOBBIO, 1995, p. 132). III) Quanto à teoria da norma jurídica, o positivismo irá desenvolver o conceito de norma a partir de uma ideia de comando, por meio da teoria “imperativista do Direito” (BOBBIO, 1995, p. 132). IV). Quanto à teoria do ordenamento jurídico, o positivismo desenvolverá a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. Neste aspecto, a teoria do ordenamento jurídico cuidará da solução das antinomias (advindas de duas normas contraditórias) e das lacunas do Direito, que permite ao juiz encontrar nas normas postas todas as respostas que o caso que lhe foi submetido possa reclamar (BOBBIO, 1995, p. 132-133). V) Quanto ao método da ciência do Direito, o juspositivismo leva em consideração o “problema da interpretação”, ou seja, o papel do intérprete diante da norma jurídica. Para o positivismo jurídico o intérprete cumpre um papel “mecanicista” visto que tem a função apenas de declarar aquilo que já consta na norma jurídica.

A proeminência do legislador ganhou respaldo argumentativo e jurídico com a afirmação de princípios como o da reserva legal, legalidade da administração pública e o da supremacia da lei.

Conforme afirma Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 57), o século passado impunha eficácia e restrições aos Direitos fundamentais através da atuação do legislador, legitimado democraticamente que estava pela concepção de Direito pautada na ideia de vontade geral, o que permitia que os Direitos fundamentais tivessem a “sua eficácia completamente esvaziada pela ação do legislador”.

Vale dizer que, ante o preponderante afastamento entre a moral e o Direito, foi possível aos Estados totalitários encontrarem no Direito a legitimidade necessária para a realização de atrocidades, cujo ápice se deu na segunda guerra mundial.

A mudança do paradigma jurídico juspositivista para o pós-positivista teve, por isso, como marco inicial o fim da segunda guerra mundial. A ideia de um Direito cuja interpretação está limitada ao texto da lei conduziu à morte várias pessoas, sob o argumento de que se cumpriam as regras do Estado a que serviam. Assim, com a afirmação em âmbito internacional de uma Declaração Universal de Direitos humanos (1948), cuja base se assenta no princípio da Dignidade da pessoa humana, iniciou-se um novo paradigma de Direito, agora menos preso à neutralidade científica e mais afeita a uma aproximação com a moral.

A passagem da concepção positivista<sup>4</sup> para a pós-positivista do Direito está muito ligada também ao aumento das possibilidades de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, permitindo que a autonomia extrema dada ao legislador, inclusive com possibilidades de esvaziamento da eficácia dos Direitos fundamentais, passasse por um crivo técnico de outro órgão estatal, o Poder Judiciário, que passou a fazer o controle das leis a partir da Constituição.

Para Lênio Streck, o pós-positivismo (novo constitucionalismo) é uma mudança de percepção em relação ao positivismo, principalmente quanto à teoria da norma jurídica, teoria das fontes do Direito e quanto a um “novo modo de compreender o Direito” (STRECK, 2009, p, 59). Assim, em relação à teoria da norma jurídica, o pós-positivismo atribuiu força normativa aos princípios que passaram da condição de integradores do ordenamento jurídico para normas jurídicas dotadas de eficácia.

Quanto à teoria das fontes, a Constituição foi levada para o centro do ordenamento, sendo formal e materialmente concebida como núcleo irradiador de eficácia e validade ao sistema jurídico. Ainda, quanto ao novo modo de compreender o Direito, é de notar que o pós-positivismo surgiu influenciado por um novo paradigma filosófico, superando

---

<sup>4</sup> É de notar que o positivismo jurídico não deixou de existir, a lógica positivista ainda é importante para a solução de determinados conflitos sociais, mas cedeu espaço para uma teoria do direito mais adequada às novas realidades e imposições sociais surgidas no pós-guerra.

o paradigma da consciência até então presente no positivismo jurídico, retira do sujeito e conduz para a linguagem o papel fundamental na interpretação jurídica.

## 1.2 Estado de Direito e Direitos Fundamentais

A relação entre Estado de Direito e Direitos fundamentais é extremamente íntima, pois foi com a afirmação do Estado de Direito que os Direitos fundamentais ganharam significado como mecanismos de defesa frente ao Estado.

Com a evolução do Estado e da teoria do Direito, os Direitos fundamentais passaram a ser concebidos também como normas que impõem certa justiça social e não apenas resguardam Direitos individuais.

Como dito acima, o pós-positivismo impôs mudança na teoria das normas. Conforme dispõe Alexy (2011, p.51), “normas de Direitos fundamentais são normas” e “por isso, o conceito de norma de Direito fundamental compartilha de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma” e, após longa evolução acerca dos tipos de normas constitucionais, foi possível algum consenso em torno da classificação das normas em dois grupos: normas regras e normas princípios.

A classificação das normas como regras e princípios foi desenvolvida como um ataque ao positivismo jurídico por Ronald Dworkin, por tratar-se de um sistema incapaz de dar resposta segura a casos difíceis, visto que era pautado em um sistema de regras exclusivamente.

A divisão das normas de Direitos fundamentais em regras e princípios pode ser classificada de várias formas, inclusive por meio de uma distinção através da estrutura da norma de Direito fundamental.

Neste sentido Alexy (2011, p. 85 e 87):

...regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

[...]

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos Direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos Direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a Direitos fundamentais, nem uma

doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos Direitos fundamentais no sistema jurídico.

Essa divisão das normas constitucionais entre regra e princípios tem início na classificação feita por Ronald Dworkin, mas pautado no sistema de Direito americano e foi adaptada para um modelo germânico-romano por Robert Alexy (BOTELHO, 2009, p. 38).

Mesmo havendo acordo em relação à classificação das normas a partir dessas duas estruturas, regras e princípios, Dworkin e Alexy concebem-nas de forma diferente, até mesmo porque estão utilizando-as para sistemas jurídicos distintos. Enquanto no modelo americano há uma elevação da atuação do Judiciário no papel de intérprete da Constituição, praticado em casos concretos e em última instância pela Suprema Corte, no modelo Europeu há ainda uma ligação com o parlamento, preferindo-se adotar um controle abstrato de controle de constitucionalidade, ao modelo dos Tribunais Constitucionais

Para Dworkin a distinção entre regras e princípios é uma questão de estrutura lógica, visto que os princípios são “padrões que devem ser observados” e que possuem uma dimensão de peso demonstrável no caso de colisão, enquanto que as regras são aplicadas no sistema tudo ou nada (DWORKIN, 2002, p. 36). Por outro lado, em Alexy, mesmo tendo uma visão muito próxima a esta, os princípios não são meros fundamentos que para serem aplicados devem ser conjugados com outros fundamentos, mas são mandados de otimização que devem ser realizados da melhor maneira possível, diante de contextos fáticos e jurídicos, enquanto que as regras são mandados definitivos<sup>5</sup>.

Ainda neste sentido, é possível encontrar na doutrina uma justificativa mais ampla para a distinção adotada por Robert Alexy.

Segundo a “tese fraca”, a distinção está centrada no seu estudo da existência de uma diferença de grau entre regras e princípios. Tomando-se em conta essa tese, é possível dizer que os princípios representam normas com um grau de generalidade relativamente elevado, e as regras, por sua vez, apresentam-se como normas de um grau de generalidade baixo.

A “tese forte” da distinção entre regras e princípios aponta para uma diferença qualitativa. [...] As regras, assim, podem ser consideradas como “mandados definitivos”. Já os princípios, como não são formulados em linhas específicas, apenas apontam para razões a serem observadas na produção da decisão judicial dada a sua dimensão de peso. Ao aportarem critérios para a decisão judicial, representam-se como “mandados de otimização”, na medida em que deve ser edificada a melhor solução jurídica possível (ENGELMANN, 2001, p. 109).

---

<sup>5</sup> Humberto Ávila (2007, p.39) ao abordar a questão elenca outras distinções trazidas pela doutrina entre regras e princípios, podendo-se enfatizar os critérios (i) do caráter hipotético-condicional; (ii) do modo final de aplicação; (iii) do relacionamento normativo e (iv) do fundamento axiológico.

O principal critério de distinção entre regras e princípios está na solução em caso de conflito de regras e colisão de princípios, bem como no conteúdo do Direito que um dispositivo constitucional dispõe como regra ou princípio.

As regras são normas que, dadas determinadas condições, ordenam, proíbem, permitem ou outorgam um poder de maneira definitiva. Assim, podem caracterizar-se como “mandados definitivos”. Os Direitos que se baseiam em regras são Direitos definitivos. Os princípios são normas de um tipo completamente diferente. Estes são mandados de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo deve ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. As possibilidades jurídicas, além de depender de regras, estão essencialmente determinadas por outros princípios opostos, fato que implica que os princípios podem e devem ser ponderados. Os Direitos que se baseiam em princípios são Direitos *prima facie* (ALEXY, 2002, p. 41)<sup>6</sup>.

Assim, tem relevância para a teoria de Alexy a concepção que se dá aos princípios, visto que, no caso das regras, a solução dos conflitos não gera maiores implicações para o ordenamento jurídico, além daquelas que já eram possíveis pela aplicação de uma ou de outra regra. Em relação aos princípios, a proposta de Alexy gera uma completa mudança de rumo na teoria do Direito, especialmente no que concerne à teoria das normas jurídicas.

Deste modo, entender se os Direitos fundamentais adequam-se mais à espécie regra ou aos princípios é fundamental, pois a percepção de um Direito fundamental como regra ou princípio trará várias consequências jurídicas, especialmente em relação à interpretação de tal dispositivo.

O sistema brasileiro adota a ideia de um sistema que contempla tanto regras quanto princípios de Direitos fundamentais, em que pese não haver dispositivo constitucional que estabeleça formalmente esta distinção. Cabe ao intérprete do dispositivo constitucional determinar se a norma que decorre do texto normativo é uma regra ou um princípio.

É importante dizer que pela teoria de Alexy, a concepção dos Direitos fundamentais como regras impõe uma aplicação definitiva da norma constitucional. Por outro lado, entender os Direitos fundamentais como princípios permite uma ponderação para que a sua aplicação seja na maior medida possível e não de forma definitiva.

---

<sup>6</sup> Las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva. Así, pueden caracterizarse como «mandatos definitivos». Los derechos que se basan en reglas son derechos definitivos. Los principios son normas de un tipo completamente distinto. Estos ordenan optimizar. Como tales, son normas que ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible. Las posibilidades jurídicas, además de depender de reglas, están esencialmente determinadas por otros principios opuestos, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados. Los derechos que se basan en principios son derechos *prima facie*

Neste sentido, tirando situações onde o texto constitucional realmente dispôs normativamente através de uma regra, os Direitos fundamentais devem ser concebidos “primordialmente, como princípios”, o que não significa dizer que todos os dispositivos de Direitos fundamentais são princípios (MENDES, 2012, p.42).

É possível identificar na Constituição brasileira de 1988 dispositivos que são estabelecidos através de regras e de princípios. Considerando como Direitos fundamentais todos os dispositivos previstos no título II da CF/88 (art. 5º a 17), é possível indicar dispositivos como o art. 12, II, §3º (distinção entre brasileiros natos e naturalizados) ou ainda as hipóteses do art. 14, §3º, VI (idade mínima de elegibilidade) como regras, enquanto que a liberdade e a igualdade previstas no *caput* do art. 5º devem ser concebidas como princípios.

Vale ressaltar que, havendo conflito normativo entre regras, não há que se falar em ponderação, mas em aplicação estrita e máxima do dispositivo constitucional. O mecanismo de aplicação e de interpretação das regras é a subsunção. Salienta-se que, em tese, para Alexy, não há ponderação entre regras, pois da ponderação há de surgir uma regra de colisão, o que só faz sentido ante a colisão entre princípios.

O que chama mais atenção nessa modalidade de proposta teórica é o fato de a ponderação ser um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Robert Alexy (uma das máximas alexyanas é: princípios se aplicam por ponderação; regras por subsunção). E mais: se a ponderação é o procedimento pelo qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado de uma “ponderação de regras”? uma “regra” da regra? Como fica, portanto, em termos práticos, a distinção entre regras e princípios, uma vez que deixa de ter razão de ser a distinção entre subsunção e ponderação? (STRECK, 2012, p. 49).

Assim, parece fazer sentido, dentro daquilo que foi desenvolvido por Alexy, que as regras não devem ser ponderadas, deixando esse mecanismo de aplicação e solução de controvérsia apenas para os princípios, dada a sua natureza de mandado de otimização e não de norma definitiva, como acontece com as regras que devem ser realizadas nos termos em que foram concebidas pelo legislador.

### **1.3 Princípios como Mandados de Otimização**

A presença dos princípios no sistema jurídico traz consequências para o caráter sistemático do Direito e para o conceito de Direito que ultrapassam o aspecto metodológico. Isso está mais claro nos princípios constitucionais.

Os princípios não indicam apenas a adoção de normas vagas, mas a adoção de mandados de otimização. Esse mandato é, quanto à forma, jurídico, mas quanto ao fundo, moral, porque o seu conteúdo é moral. Os princípios promovem uma aproximação do Direito com a moral e configuram-se como contraponto aos positivistas que os separam (ALEXY 1988). A concepção dos princípios como mandados de otimização implica realização desses princípios na maior medida possível.

Antes de esclarecer esse caráter *prima facie* dos princípios, vale dizer que para Alexy (2011, p. 90) princípios:

são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Pode se dizer que a concepção de Direitos *prima facie* (princípios) não tem efeitos apenas na aplicação do Direito, mas também na sua justificação. Note-se que a concepção de princípios como Direitos *prima facie* significa que a colisão com outros princípios não o faz desaparecer do ordenamento jurídico. Como o conteúdo dos princípios é produto da interpretação constitucional (paradigma da linguagem), os princípios aparecem inicialmente como Direitos *prima facie*, podendo, no caso concreto, ter menos peso do que o princípio adverso, ou seja, mesmo que seja previsto constitucionalmente e que tenha algum peso, os princípios não estabelecem um Direito definitivo *a priori*, pois seu conteúdo e abrangência vão depender dos limites impostos pela colisão com outros princípios.

As prioridades *prima facie* estabelecem cargas de argumentação que justificam a redução da eficácia de um Direito fundamental para promover a proteção de outro Direito igualmente fundamental, *p.e* diante de um delito grave, a liberdade de informação ganha prioridade *prima facie* ante a proteção da personalidade.

Desta forma, cria-se alguma ordem no campo da colisão de princípios, mas não apresenta nenhuma solução definitiva, visto que poderá inverter a ordem se o outro princípio apresentar um peso maior em outro caso, o que se verifica por meio da ponderação.

Quanto à ponderação, segundo Alexy (2011, p. 96), a colisão que reclama ponderação se dá em condições em que “isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição”.

De acordo com Alexy (2006, p. 2).

A ponderação não é mais do que otimização relativa a princípios contrapostos. Portanto, o terceiro subprincípios exprime-se pela seguinte regra: quanto maior seja o grau de insatisfação o de detrimento de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro. Esta regra pode ser denominada “lei de ponderação”. (tradução livre)<sup>7</sup>

A solução para colisões é feita em cada caso concreto, visto que é possível que, em determinado caso, um princípio tenha precedência sobre o outro e em outra situação haja uma inversão. Essa relação de precedência pode ser incondicionada (absolutas) ou condicionada (relativas) a determinadas condições. A compreensão de uma relação de precedência absoluta significa dizer que determinado princípio é, por si só, superior ao princípio colidente, independentemente das condições do caso concreto. Essa solução deve ser afastada mesmo para o caso da dignidade da pessoa humana.

Atribuir pesos para um ou para outro princípio deve estar vinculado a uma condição específica, vale dizer, há um maior peso para um determinado princípio diante de uma determinada condição, pois a precedência não é absoluta, mas condicionada pelo caso concreto. Sendo assim, a precedência não se dá na comparação entre um princípio e outro, mas uma precedência se faz diante de situações específicas onde um princípio se mostre mais necessário do que outro na solução do caso concreto. Não é o princípio que determina o maior peso, mas as condições do caso concreto.

Neste sentido, desenvolve-se a teoria da lei ou regra de colisão. A lei de colisão decorre da condição de precedência do caso concreto, ou seja, se diante de uma determinada condição um princípio tem precedência sobre outro, esta condição será o suporte fático da regra de colisão entre os princípios (ALEXY, 2011).

Para resolver o problema da colisão entre princípios tem de haver um sopesamento onde se verifica a precedência de determinado princípio. Essa solução gera uma

---

<sup>7</sup> La ponderación no es más que optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer subprincipio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro. Esta regla podría denominarse “ley de ponderación”.

regra a ser aplicada no caso concreto. Desta forma, sempre que houver a mesma condição e os princípios colidentes forem os mesmos, aplica-se esta regra que decorreu da ponderação.

Nesse sentido, a condição que levou a precedência de determinado princípio é o suporte fático da regra de colisão, servindo para casos semelhantes como início de sopesamento para outros casos, mesmo que distintos. A partir daqui é possível estabelecer uma relação entre a teoria dos princípios, ponderação e proporcionalidade, visto que a restrição a Direitos fundamentais concebidos como princípios implicará intervenção da proporcionalidade e, como visto, da ponderação. A proporcionalidade é composta por três “subregras”: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2002, p. 46).

Diante de uma restrição a Direito fundamental, o elemento adequação surge como um meio para verificar se a restrição imposta ao Direito fundamental é realmente capaz de atingir o objetivo pretendido com a restrição, ou seja, evita-se restrição que não alcance o fim pretendido, ocasionando apenas diminuição da eficácia do Direito fundamental. Em relação à necessidade deve ficar demonstrado que a restrição a um princípio é condição essencial para o exercício de outro princípio (ALEXY, 2002). Quanto à terceira regra ou elemento, a proporcionalidade em sentido estrito, aplica-se apenas quando o ato praticado pelo Estado se mostra adequado e necessário (ALEXY, 2002, p. 47), isto é, ultrapassada a análise dos dois primeiros elementos, chega-se à proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação é o objeto da proporcionalidade em sentido estrito.

O conteúdo da ideia de proporcionalidade em sentido estrito pode expressar-se da seguinte maneira: quanto mais intensa seja a interferência em um princípio, mas importante tem que ser a realização do outro (ALEXY, 2002, p. 47)<sup>8</sup>. (tradução livre)

Como dito acima, os princípios enquanto como de otimização exigem uma aplicação da forma mais completa possível, em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas levam à análise dos elementos adequação e a necessidade e as possibilidades jurídicas implicam uma lei de ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

Alexy vai utilizar-se do conceito de Vilfredo Pareto para justificar a aplicação dessas regras da proporcionalidade, no sentido de que qualquer restrição que ocorra

<sup>8</sup> El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera: Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio.

a Direitos fundamentais (princípios) deve ser feita na menor medida possível e para a máxima eficácia do princípio que promoveu a restrição, segundo Alexy (2002).

A proporcionalidade, no entanto, só demonstra como argumentar em casos onde só é possível aplicar um princípio em detrimento de outro. É necessário investigar a intensidade da interferência no princípio que não será aplicado. Assim, a proporcionalidade pode justificar tanto a não aplicação de um princípio em favor de outro quanto a aplicação dos dois princípios (ALEXY, 2002, p. 47).

Salienta-se que há na doutrina alguma divergência quanto ao caráter de norma ou de postulado (norma de segundo grau) da proporcionalidade, ou seja, como solução de “questões que surgem com a aplicação do Direito”. De acordo com Humberto Ávila (2007, p. 133/134), os postulados normativos aplicativos são aplicados para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente as antinomias (contingentes, concretas e externas). Os principais postulados aplicativos são a proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso. Por fim, é necessário esclarecer que, no pensamento prático como no pensamento jurídico, não é possível chegar a uma solução definitiva em casos difíceis, o que se pode criar são estruturas racionais de pensamento, ou seja, a adoção da teoria dos princípios como desenvolvida por Alexy não implica uma única solução correta, como presume Dworkin, mas indica um raciocínio que permite, através da argumentação, descrever o procedimento necessário para a solução de eventuais colisões.

Com isso, é possível controlar o caminho seguido para se chegar a determinada solução, atacando-se não a solução, mas os mecanismos argumentativos para se chegar à solução.

### 1.3.1 Considerações sobre a teoria dos princípios de Alexy

Como acontece com as teorias científicas suas concussões são colocadas a prova para que possam se justificar, com Alexy não é diferente, especialmente no Brasil, onde as críticas a sua teoria somam-se a aplicação desregrada de princípios como a ponderação e a proporcionalidade.

A teoria desenvolvida por Alexy foi buscar em Dworkin a diferença entre normas regras e normas princípios. Partindo deste ponto em comum a teoria de Alexy e Dworkin se separam especialmente naquilo que diz respeito a forma de solução das colisões de direitos fundamentais e por conta da utilização da teoria da argumentação que está muito mais presente em Alexy do que em Dworkin.

Além de Dworkin é possível encontrar outros interlocutores de Alexy, bem como o contraponto estabelecido por autores como Habermas.

Para Habermas a teoria de Alexy utiliza-se de argumentos utilitaristas para justificar a relativização de direitos fundamentais, visto que ante alguma colisão de Direitos é necessário a utilização da proporcionalidade para que interpretativamente identifique-se no caso concreto qual o Direito a ser aplicado. Sendo o produto desta interpretação o âmbito de proteção da regra de aplicação encontrado pelo intérprete (ASSIS, 2012, p. 37).

Na teoria discursiva isso não é possível, visto que o âmbito de formação da norma (justificação), com os seus eventuais argumentos metajurídicos (morais, éticos, políticos, filosóficos), se dá antes do discurso de aplicação, cujo paradigma é exclusivamente no âmbito da ciência do direito.

As críticas de Habermas a uma concepção substancialista do STF, como a de Alexy e Dworkin, decorrem da própria estrutura do pensamento Habermasiano, pois para Jurgen Habermas o papel do STF deve ser menos de determinar qual é o direito estabelecido na norma constitucional e mais de garantir que os procedimentos democráticos sejam assegurados.

Vale dizer que a teoria o fundamento do direito em Alexy também procedimentalista, mas a sua consideração sobre a eficácia das normas constitucionais remete ao Poder Judiciário a capacidade de dizer qual é conteúdo da norma constitucional. Com isso, a validade da decisão deve ser apurada por um procedimento argumentativo e não discursivo como em Habermas.

Na concepção de Habermas uma posição substancialista do Tribunal Constitucional equivaleria a um discurso de justificação da norma pelo Tribunal e não pelo titular do poder estatal que é o povo.

Para Alexy a legitimação do direito está na argumentação, desde que o argumento seja constitucional, para Habermas a legitimidade é pela democracia.

É verdade que nesta concepção habermasiana há um fortalecimento da participação popular o que, em tese, reforça o aspecto democrático do Estado democrático de Direito.

Note-se que há um aspecto essencial na teoria de Habermas e que está ausente na teoria de Alexy, qual seja o fator da igualdade de condições na construção da solução para o problema jurídico. Para Habermas a construção das soluções jurídicas se dá a partir de condições iguais para todos os indivíduos que participam da construção norma, o que no Brasil parece ainda não ser possível de alcançar. Além disso, no discurso de aplicação da

norma, não é possível conceber em Habermas debates sobre ausência de norma regulamentadora que impede o exercício de direitos fundamentais, visto que este debate é anterior à solução que se deve dar ao caso concreto.

Por outro lado, não se pode deixar de levar em consideração o fato de que no Brasil ainda não foi possível ultrapassar condições endêmicas de desigualdade, pois o Estado de bem estar social não se concretizou de forma adequada, o que se torna um óbice para a construção das soluções jurídicas através da participação igual das pessoas no debate público (STRECK, 2011, p. 156).

É importante ressaltar que o aspecto formal da legitimidade do Direito através do discurso democrático que está em Habermas oferece uma solução muito mais próxima de aspectos democráticos do que as teorias que remetem ao Poder Judiciário o Poder de determinar o conteúdo da norma constitucional, como é o caso de Alexy.

Como defesa, pode-se dizer que o aspecto democrático da teoria de Alexy está na fundamentação da decisão judicial e no roteiro de desvendamento do âmbito de proteção da norma constitucional.

Naquilo que importa para o presente trabalho, para Habermas, a solução para o caso das restrições aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a definição do âmbito de proteção e do núcleo essencial dos direitos fundamentais não partiria de uma solução exclusivamente jurídica ou de dentro do sistema jurídico, através de uma solução técnica dada por um juiz ou um tribunal, mas do debate público, feito pelo legislador ou pelo povo.

Note-se que o fundamento de Habermas está na legitimação democrática do direito e, neste caso, a definição do âmbito de proteção e do conteúdo essencial da norma depender daquilo que democraticamente se estabeleceu sobre a norma jurídica em questão.

Saliente-se que mesmo compreendendo que o papel da definição do conteúdo dos direitos não deve ficar a cargo do Judiciário, pois isso retiraria da legitimação da norma jurídica o seu caráter democrático. No entanto, o sistema jurídico que adota o controle judicial de constitucionalidade é uma condição praticamente inata aos sistemas jurídicos ocidentais, sendo necessário, então, que as decisões tomadas pelos tribunais sejam construídas a partir de uma lógica argumentativa que permita o controle externo das decisões judiciais.

Especificamente em relação aos princípios, Alexy relega ao aplicador da norma a competência de dimensionar as condições em que o princípio pode ser efetivado, observadas as condições de fato e de Direito que se impõem à aplicação da norma jurídica.

Para Habermas essa fórmula de aplicação não se adequa a um Direito que se queira aplicar em um Estado democrático de direito.

No mesmo sentido do que defende Lênio Streck (STRECK, 2011, p. 156), a teoria de Habermas exige um substrato social mais preparado para o debate público. Mais ainda, coloca o Judiciário no papel de guardião dos procedimentos democráticos, sem insurgir-se diretamente contra o conteúdo que se quer atribuir à norma constitucional. Para Alexy, o papel do intérprete é fundamental na definição do conteúdo da norma constitucional de direito fundamental, mas isso não implica, necessariamente, um desrespeito a uma construção democrática do Direito, pois a solução dada ao caso concreto permite a interação com as condições jurídicas e fáticas que se impõem ao caso em análise.

## 2 EFICÁCIA E RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da eficácia dos Direitos fundamentais pode ser abordada de muitas formas. Contudo interessa aqui a eficácia dos Direitos fundamentais a partir de uma teoria das restrições aos Direitos fundamentais, concebidos tais Direitos a partir da classificação como normas princípios e normas regras.

Não se pode deixar de lado que a ideia de eficácia, com a qual se irá trabalhar aqui, é a de pleno exercício (máximo possível) do Direito previsto no âmbito de proteção normativa do dispositivo constitucional. Esse pleno exercício encontra obstáculos que devem ser levados em consideração, especialmente por utilizar-se de uma compreensão de Direitos fundamentais como princípios, cuja realização está limitada por questões fáticas e jurídicas.

Os limites à plena eficácia dos Direitos fundamentais não têm uma única fonte, pois derivam de várias circunstâncias jurídicas e fáticas (falta de tecnologia, de dinheiro, da atuação legislativa, entre outros). Tais limites advêm, muitas vezes, de regulações infraconstitucionais (restrição legislativa). Essa limitação terá validade apenas se não ofender o núcleo essencial dos Direitos fundamentais e se não ultrapassar os limites estabelecidos pela própria norma constitucional.

Vale dizer que, como os limites da conformação legislativa não estão expressos no texto constitucional, é possível que haja um extravasamento da competência legislativa de conformação do Direito fundamental, e, nesse ponto, o STF surge como legítimo guardião da Constituição (Art. 102 da CF/88) a fim de delimitar a atuação do Poder Legislativo. Nessa missão institucional pode surgir alguma tensão, visto que o STF pode impor limites à conformação legislativa.

Outro aspecto que pode gerar restrição a Direitos fundamentais advém da colisão de Direitos fundamentais com outros Direitos igualmente fundamentais, inclusive Direitos de titularidades diversas - Direito individual com Direitos difusos. Conforme estabelece Mendes (2012, p. 55): “a configuração de uma colisão poderia legitimar, assim, o estabelecimento de restrição a um Direito não submetido a reserva legal expressa”. Nesse aspecto, também caberá ao STF, em última ou única instância, determinar os limites e a aplicação dos Direitos fundamentais colidentes, é importante enfatizar que em uma “sociedade democrática e pluralista” (RESTREPO, 2009, p.71) a colisão de Direitos fundamentais é algo inerente ao sistema normativo e o Poder Judiciário tem de estar apto a dar solução que conceda maior eficácia aos Direitos fundamentais.

É importante deixar claro que a premissa da qual se está partindo é a de que não há Direitos fundamentais absolutos (ANDRADE, 2012 p. 263). Assim, se não há Direito fundamental que seja absoluto, todos podem ser relativizados ou, melhor dizendo, todos podem sofrer limites e restrições.

Em princípio, a questão dos limites e restrições aos Direitos fundamentais sempre estará atrelada ao aspecto interpretativo, mesmo quando isso ocorre por ato legislativo, visto que será da aplicação prática ou da interpretação que se faz do âmbito de proteção do Direito fundamental que se terá uma percepção da existência ou não da imposição de limites ou restrições aos Direitos fundamentais ou se essa limitação é ou não válida e legítima.

## 2.1 Eficácia Social e Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais

Um dos problemas sobre o qual a teoria do Direito tem se debruçado com bastante vigor é a questão da efetividade dos Direitos (BOTELHO, 2009, p. 57). Neste sentido, vem a calhar a já bem conhecida lição de Norberto Bobbio (1992, p. 24): "o problema fundamental em relação aos Direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político"<sup>9</sup>.

A questão que se coloca sob o pálio da eficácia das normas constitucionais, especialmente os Direitos fundamentais, é o da existência de determinados Direitos fundamentais que não geram efeitos práticos na vida dos indivíduos, mesmo com a previsão constitucional expressa de que os Direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF/88)

Alguns dispositivos nem mesmo chegaram a gerar efeitos e já foram retirados de vigência (art. 192, §3º)<sup>10</sup>, outros, apenas conseguiram ganhar um mínimo de aplicabilidade após a intervenção do Poder Judiciário (art. 37, VII)<sup>11</sup>, o que coloca em xeque o próprio papel da Constituição como norma jurídica.

O problema da ineficácia das normas constitucionais está ligado, em grande medida, à percepção do problema através de uma antiga classificação entre normas

---

<sup>9</sup> É importante ressaltar que mesmo estando consolidada a justificação dos direitos fundamentais e humanos, é possível ver na doutrina algum debate acerca da justificação dos direitos humanos, em especial em relação ao universalismo de tais direitos. Sobre o tema ver o artigo BENHABIB, Seyla. outro universalismo: sobre la universidad y diversidad de los derechos humanos. **Isegoria Revista de Filosofia mora y política**, n. 39. p. 175-203, jul-dez, 2008.

<sup>10</sup> Revogado pela emenda Constitucional nº40/2003

<sup>11</sup> Direito de greve dos servidores públicos que ganhou novos contornos após o julgamento do MI 708/2007 – relator Ministro Gilmar Mendes.

autoaplicáveis e não autoaplicáveis (SARLET, 2010, p. 242), o que não mais se justifica a partir de uma concepção de normas constitucionais como regra e como princípios.

Note-se que a dicotomia entre normas aplicáveis e não aplicáveis levou a inúmeras considerações quanto a classificações das normas constitucionais, sendo a mais evidente aquela desenvolvida por José Afonso da Silva entre normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada o que, em tese, justifica a ineficácia de determinadas normas pela ausência de integração legislativa. Tanto é assim, que foi possível desenvolver toda uma teoria da eficácia das normas constitucionais, distinguindo aplicabilidade e efetividade.

Desta forma, eficácia é o gênero do qual efetividade e aplicabilidade são espécies. Para José Afonso da Silva (2002, p. 56) o termo eficácia tem o seguinte significado:

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.

Ainda para José Afonso da Silva (2002, p. 56) “a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exectoriedade da norma”, enquanto que para Luís Roberto Barroso (2009, p. 81), “a eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação de consequências que lhe são próprias”.

A análise da eficácia e da operatividade dos Direitos fundamentais terá caminhos diferentes se o objetivo for estudar a aplicabilidade ou a efetividade dos Direitos fundamentais (SARLET, 2010, p. 235).

A eficácia jurídica deve ser concebida como a capacidade de um dispositivo constitucional gerar efeitos jurídicos, tais como o de revogar uma lei infraconstitucional, ou seja, para a eficácia jurídica será importante saber se o dispositivo constitucional é capaz de gerar todos os efeitos ou se lhe carece alguma complementação. Neste ponto é importante observar que a questão da eficácia dos Direitos fundamentais depende, em grande medida, da concepção que se tem de tais Direitos. Como dito desde o início deste trabalho, a percepção que se tem de Direito fundamentais aqui é aquela desenvolvida por Alexy.

Por sua vez, a eficácia social difere da eficácia jurídica. Entretanto, em muitos casos, a condição de efetividade da norma estará ligada a aspectos inerentes à

aplicabilidade do texto normativo, é o caso do art. 192, §3º da Constituição Federal, cuja inaplicabilidade impediu que gerasse qualquer tipo de efeitos<sup>12</sup>.

Para Barroso (2009, p. 82) eficácia social será a “concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”. Ainda para este mesmo autor, efetividade significa:

a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2009, p. 82)

Barroso (2009, p. 83) identifica alguns fatores que podem proporcionar inefetividade de um dispositivo normativo. Para o referido autor, questões como um texto que estabelece uma conduta contrária a um sentimento social arraigado, uma regra que contrarie interesses de pessoas com poderes para manipular a aplicação da norma ou ainda quando o conteúdo da regra estabelecer uma conduta irrealizável ou plenamente absurda são hipóteses capazes de gerar inefetividade do dispositivo constitucional.

Autores, como Luis Roberto Barroso, resolvem o problema da inefetividade dos dispositivos constitucionais com a identificação de ferramentas previstas no ordenamento jurídico capazes de vindicar a efetivação de Direitos fundamentais. No caso brasileiro, ações como o Mandado de Injunção, a ADO (Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão) e a Ação Popular cumprem esse papel.

É de notar que todas essas teorias justificam mais a ineficácia do que a eficácia dos Direitos fundamentais. Por isso, a adoção de uma concepção de Direitos fundamentais como princípios afasta uma ineficácia causada pela concepção de Direito ainda voltada para a intervenção do legislador. A necessidade de elaboração de norma infraconstitucional para a possibilidade de eficácia dos Direitos fundamentais não se coaduna com uma ordem jurídica que tem na Constituição o núcleo irradiador de validade do ordenamento.

A proposta de Alexy é a de que, concebendo-se os Direitos fundamentais como princípios, é necessário que qualquer restrição seja justificada, não apenas com a inação estatal, o que é inconcebível, mas diante de argumentos que justifiquem em que medida a

---

<sup>12</sup> É de salientar que no caso da ADI 4-7 DF, o STF entendeu que o art. 192, §3º da CF dependia de lei complementar para que o dispositivo constitucional gerasse efeitos jurídicos. Veja-se que neste caso, a ausência de eficácia da norma (porque produto de interpretação) decorreu especificamente de interpretação do STF, que mesmo tendo a possibilidade de dar ao menos uma eficácia mínima à norma, optou por destituí-la de qualquer eficácia social ou jurídica.

restrição de um Direito fundamental acarreta maior eficácia a outros princípios constitucionais. Para tanto, é necessário que se tenha claro uma teoria das restrições e dos limites impostos aos Direitos fundamentais.

## 2.2 Limites e Restrição dos Direitos Fundamentais

Antes de iniciar a abordagem do tema é necessário deixar claro o que se entende por restrição e a sua diferença para limites, visto que a questão da eficácia dos Direitos fundamentais passa necessariamente pela análise das restrições impostas a normas que estabelecem Direitos fundamentais. Ademais disso, é possível encontrar na doutrina o uso das expressões restrições e limites, mas nem sempre com uma clareza da diferença ou da sinonímia entre ambas as expressões. Essa distinção não é simples e receberá, neste momento, apenas uma análise prévia.

Ressalte-se que haverá, mais abaixo, um tópico específico sobre os limites e restrições aos Direitos fundamentais, com uma abordagem mais aprofundada e voltada à descrição das teorias dos limites internos e externos aos Direitos fundamentais. Como ponto de partida é necessário que se entenda limites e restrições como “todos os tipos de afectação desvantajosa de um Direito fundamental” (ALEXANDRINO, 2006, p. 457).

Em que pese ser uma ideia bastante singela, para o momento é suficiente que se inicie a abordagem do tema. Ainda segundo Alexandrino (2006, p. 457), não é incomum que a palavra limites seja utilizada como sinônimo de restrição ou de limitação, sem que se estabeleça uma definição estrita do termo “limites a Direitos fundamentais”.

De acordo com Freitas (2007, p. 78):

[...] percebe-se a distinção entre limites e restrições; limites, no caso, se atribuem ao que a doutrina convencionou chamar limites imanentes, enquanto restrições é expressão reservada àquelas delimitações ao conteúdo inicialmente dado pela norma constitucional ao Direito fundamental, por ação posterior de norma ordinária ou constitucional contemporânea.

Entretanto, nesta diferenciação, que será melhor esclarecida mais adiante, só há limites para aqueles que adotam a teoria interna, sendo que para os que adotam a teoria externa não há que se falar em limites a Direitos fundamentais, mas apenas em restrições. Contudo, mesmo dando um indício da diferença entre os termos, a definição de Freitas não estabelece uma diferença conceitual entre limite e restrição, apenas descreve aquilo que se adota na teoria interna e na teoria externa.

De volta às lições de Alexandrino (2006, p 458), verifica-se que, quanto ao termo limite, é possível identificar um conceito abrangente e um conceito restrito, sendo que para o tema do trabalho apenas o conceito restrito de limite é que tem maior importância.

Para o autor Português, o conceito de limite<sup>13</sup> pode ser desenvolvido de várias formas, mas dentro de uma perspectiva “técnico-jurídica” podem ser consideradas como limites a Direitos fundamentais as seguintes realidades ou características:

Ou correspondem a fronteiras (*Grenzen*) – demarcações, extremas, confins, balizas – que assinalam normativamente âmbitos não incluídos no objeto ou no conteúdo do Direito ou (2) correspondem a normas constitucionais que constituem fundamento (*Grund*) para operações de delimitação do objeto ou do conteúdo do Direito ou para posteriores restrições, intervenções restritivas ou outras formas legítimas de afectação do Direito (ALEXANDRINO, 2006, p. 458).

Ao contrário do que se pode pensar, nessa concepção nem sempre os limites podem ser considerados como “grandezas negativas”, no sentido de sempre configurarem uma força que é contrária aos Direitos fundamentais. Explicando melhor, se os Direitos fundamentais são Direitos dos indivíduos, tudo o que se contrapõe a tais Direitos seriam grandezas negativas.

Contudo, na classificação de Alexandrino, apenas a primeira concepção é uma grandeza negativa, pois, no segundo caso, os limites são considerados nos mesmos termos dos direitos fundamentais, pois servem para limitar um Direito fundamental em prol do sistema jurídico como um todo ou de bens jurídicos e de outros Direitos fundamentais. É o caso, no Brasil, *p.e.*, dos limites que se estabelecem através do estado de sítio e de defesa que são normas jurídicas de muita utilidade para a manutenção da ordem e da paz.

Entretanto, “as duas modalidades de limites têm em comum a sua qualidade de normas e o seu efeito de exclusão (real ou potencial) da proteção jusfundamental” (ALEXANDRINO, 2006, p. 459).

De qualquer modo, não é simples a definição de limites e nem sempre a definição jurídica estabelecida parte das características acima descrita. É possível encontrar na doutrina alemã e portuguesa uma vasta busca pela definição de limites. Obviamente que nesses países o conceito de limites parte do texto normativo expressamente previsto na Constituição, o que acaba por nortear a conceituação do tema.

---

<sup>13</sup> Ressalte-se que Alexandrino está desenvolvendo um conceito de limites dentro da sistemática do direito Constitucional Português que, como visto acima, possui uma norma constitucional específica sobre o tema das restrições a direitos fundamentais Art. 18, §2º da CRP.

Alexandrino (2006, p. 460-467) faz uma análise das principais definições utilizadas em ambos os países para, ao final, sugerir o conceito de limites nos seguintes termos:

Em síntese, os limites dos Direitos fundamentais (*Grundrechtsschranken*) são normas que, de forma duradoura, excluem diretamente âmbitos ou efeitos de proteção ou incorporam razões susceptíveis de afectar as possibilidades de realização de normas jusfundamentais ou o conteúdo ou o efeito de proteção de uma posição de Direito fundamental. Em uma versão condensada, os limites são normas que excluem a proteção ou afectam as possibilidades de realização de um Direito fundamental.

Desta forma, por este conceito, diferentemente do conceito utilizado por Freitas, acima citado, os limites aos Direitos fundamentais não são apenas os limites imanentes, ou seja, limites *a priori* estabelecidos interpretativamente na definição do âmbito de proteção dos Direitos fundamentais.

A definição acima proposta deixa claro que limites aos Direitos fundamentais são, necessariamente, estabelecidos por normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. Por outro lado, em relação à ideia de restrição, também não é simples a definição, especialmente diante de uma percepção de limites que seja tão ampla como a que acima se estabeleceu. Contudo a doutrina tem se dedicado mais à definição de restrição do que à definição de limites.

Assim como os limites, restrição pode ser concebida em um sentido amplo e em um sentido restrito, mas interessa aqui também apenas o sentido restrito. É possível encontrar na doutrina, especialmente portuguesa, algumas propostas para o conceito de restrição.

Para Novais (2010, p. 247) as restrições são:

[...] acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental.

Segundo Alexandrino (2006, p. 470), nesse conceito estabelecido por Novais, as atuações estatais configuram uma “redução, amputação ou eliminação do conteúdo objetivo dos Direitos fundamentais”. Por sua vez, Canotilho (2006, p 343) concebe as

restrições como “uma afectação desvantajosa de Direitos ou liberdades juridicamente protegidos”.

Diante disso, Alexandrino (2006, p. 470) sugere que o conceito de restrições seja desenvolvido com base nas seguintes características:

[...] (1ª) a presença de uma *actuação estatal*; (2ª) a sua *vocação normativa*; e (3ª) o efeito de *compressão do conteúdo* previamente delimitado de um Direito fundamental.

E arremata com sua própria proposta de conceituação:

Numa fórmula de síntese, as restrições são, por conseguinte, acções normativas que afectam desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de proteção de um Direito fundamental previamente delimitado (ALEXANDRINO, 2006, p. 470).

Note-se que pelos conceitos acima desenvolvidos, há uma determinação previa do âmbito de proteção que é aquilo que norma constitucional prevê. A restrição, portanto, acontece posteriormente à definição do âmbito de proteção, ao limite, ao que determina o âmbito de proteção, ao menos na conceituação proposta por Alexandrino.

Contudo, a ideia de restrição ainda aproxima-se muito do conceito de limites nos termos acima estabelecidos. Será novamente com Alexandrino (2006, p. 471) que a diferença será estabelecida.

Entre o conceito de restrição e o de limite é possível traçar as seguintes linhas de demarcação: um limite é uma norma, uma restrição é uma acção; os limites (constitucionais) são autojustificados e estão imediatamente referidos à decisão de conjunto do legislador constituinte, as restrições só colhem justificação por referência a esses limites; os limites ora precedem a restrição (nessa qualidade de fundamento da restrição), ora são colocados pela restrição – por esse prisma, os limites são causa e resultado, as restrições são o instrumento; os limites são grandezas ou unidades normativas, as restrições são intervenções que têm como pressuposto (além das normas de limites) outras normas de competência, processo e forma, sendo ainda enquadradas por toda a restante série de chamados “limites dos limites” (Scharanken- Scharanken)

Desta forma, em linhas gerais e com base na classificação acima exposta, os limites aos Direitos fundamentais sempre exigirão uma norma jurídica. Além disso, os limites afetam o âmbito de proteção, ou seja, estão na base, na definição daquilo que o Direito

fundamental está a proteger. Os limites serão, então, estabelecidos pela adoção de um âmbito de proteção amplo ou restrito. Contudo, no âmbito de proteção amplo, não se admite qualquer tipo de limitação, o que jogaria tais limites para as intervenções ou autorizações constitucionais.

Já as restrições atuam no momento posterior, não no âmbito de proteção, mas na intervenção constitucional. Aparentemente a restrição é mais lógica em questões interpretativas de colisões entre Direitos fundamentais, visto que uma lei que ofenda o âmbito de proteção da norma constitucional deve ser declarada inconstitucional.

Primeiro delimita-se o âmbito de proteção do Direito fundamental. Nesse momento, levam-se em consideração os limites constitucionais ou infraconstitucionais. Após, determinado o âmbito de proteção, se houver uma ofensa ao Direito fundamental que agrida esse âmbito de proteção, será necessário verificar se essa agressão tem fundamento constitucional. Se tiver, está-se diante de uma restrição a Direitos fundamentais, se não tiver, diante de uma violação a Direitos fundamentais.

Mesmo com essas considerações iniciais, é bom deixar claro que a distinção entre limite e restrição não é muito clara na doutrina, havendo ainda várias divisões internas que deixam o tema um tanto mais complexo, como é o caso da teoria dos “limites imanentes” que tem aceitação bastante controversa no Brasil e em Portugal.

Estabelecida uma distinção mínima entre limites e restrições, bem como compreendido qual o seu efeito em relação a eficácia dos Direitos fundamentais, sejam eles Direitos individuais ou sociais, entende-se que, por ora, são suficientes tais esclarecimentos, mais adiante serão estabelecidos outros desdobramentos acerca da restrição e dos limites aos Direitos fundamentais. Assim, é importante enfrentar o tema propriamente dito, sempre voltando os olhos para a realidade brasileira. Desta forma, primeiramente, o que salta aos olhos é o fato de que Direitos fundamentais possam sofrer algum tipo legítimo de restrição, especialmente pela característica que se atribui a tais Direitos, visto que se tratam de bens, liberdades, posições e situações jurídicas essenciais e, portanto, fundamentais.

Dito de outra forma, se os Direitos fundamentais foram concebidos como mecanismos ou âmbitos de proteção contra a intervenção e o Poder estatal e, posteriormente, como Direitos positivos que exigem um agir estatal, como é possível que legitimamente tais Direitos possam sofrer restrições ou limites? De que adianta tais garantias se é possível reduzi-las sem que isso implique inconstitucionalidade? As respostas a tais perguntas são, assim como as perguntas, elementares. Isso porque imaginar que Direitos fundamentais possam sofrer algum tipo de restrição é até certo ponto intuitivo. Assim, o que provoca

alguma dúvida é o alcance dessas restrições e como isso é promovido, bem como o controle que se pode fazer sobre tais restrições e não mais se é ou não possível que haja algum tipo de limite ou restrição a Direito fundamental.

Desta forma, tendo com legítima a restrição e os limites aos Direitos fundamentais, o mínimo que se espera é que tal circunstância tenha carácter excepcional e que, sob a premissa básica o Estado de Direito, possua um respaldo normativo em âmbito constitucional. Contudo, diferentemente do que acontece com diversas Constituições ao redor do mundo (Constituição portuguesa de 1976, Constituição da Alemanha de 1949, da Espanha de 1978, da África do Sul de 1996, Constituição da Argentina)<sup>14</sup>, a Constituição brasileira não possui um dispositivo constitucional que trate expressamente da limitação dos Direitos fundamentais.

Para que fique claro de que tipo de dispositivo se está tratando, seguem os exemplos das Constituições acima indicadas.

Na Constituição portuguesa:

Artigo 18.º

Força jurídica

[...]

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

3. As leis restritivas de Direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (Constituição de Portugal, ON LINE).

Na Constituição alemã<sup>15</sup>:

Artigo 19

[Restrição dos Direitos fundamentais – Via judicial]

(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um Direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de

<sup>14</sup> É possível indicar, em alguma medida, também a constituição Chilena como um exemplo de constituição que estabelece de forma expressa mecanismos de imitação aos direitos fundamentais, em especial no art. 19, 8º “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

<sup>15</sup> A Constituição alemã trata da questão das restrições a direitos fundamentais em vários outros dispositivos, como no caso do art. 8, 2 (liberdade de reunião), art. 9, 3 (liberdade de associação ou coalizão), art. 11, 2 (liberdade de locomoção e domicílio), art. 12 “a”, 3 (Serviço militar e serviço civil obrigatório), art. 13, 7 (inviolabilidade de domicílio), art. 17 “a” e art. 43, 3 (liberdade pessoal quanto a inviolabilidade e imunidade de deputados).

ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o Direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

(2) Em nenhum caso, um Direito fundamental poderá ser violado em sua essência. (Constituição da Alemanha, ON LINE)

#### Na Constituição espanhola:

##### Artículo 9

[...]

3. a Constituição assegura o princípio da legalidade, da hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de Direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a proibição de arbitrariedade dos poderes públicos (tradução livre) (Constituição da Espanha, ON LINE)<sup>16</sup>

#### Na Constituição da África do Sul

##### 36. Limitação de Direitos

1. Os Direitos da declaração de Direitos só podem ser limitados de acordo com as leis de aplicação geral, na medida de uma limitação razoável e justificável em uma sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, levando em consideração todos fatores relevantes, incluindo –

- a. Direito natural;
- b. a importância e o propósito da limitação;
- c. a natureza e extensão da limitação;
- d. a relação entre a limitação e os seus propósitos; e
- e. meios menos restritivos para atingir o propósito.

2. Salvo o disposto no item (1) ou em qualquer outro dispositivo da Constituição, nenhuma lei pode limitar qualquer Direito estabelecido na declaração de Direitos. (tradução livre) (Constituição da África do Sul)<sup>17</sup>.

Na Constituição da Argentina: “Art. 28 – os princípios, garantias e Direitos reconhecidos nos artigos anteriores, não podem ser alterados por leis que regulamentam seu exercício”. (tradução livre) (Constituição da Argentina)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>17</sup>36. Limitation of rights. 1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including

a. the nature of the right; b. the importance of the purpose of the limitation; c. the nature and extent of the limitation; d. the relation between the limitation and its purpose; and e. less restrictive means to achieve the purpose. 2. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights.

<sup>18</sup> Art. 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Note-se que o debate acerca dos limites e restrições a Direitos fundamentais nestes países tem um caráter também normativo e não apenas teórico, dada a previsão expressa de tais dispositivos no âmbito constitucional, o que não ocorre no Brasil.

É bem verdade que, como a Constituição Federal de 1988 não trata expressamente do tema, poderia se cogitar, então, a tese de que a Constituição brasileira não admite qualquer restrição à Direitos fundamentais. Contudo, a defesa de tal posicionamento é insustentável por, no mínimo, duas razões: (i) é pacífico o entendimento doutrinário de que não há Direitos absolutos (ANDRADE, 2012, p. 263) e (ii) a própria Constituição brasileira estabelece vários dispositivos que remetem a proteção ou o alcance dos Direitos fundamentais à atuação do legislador ordinário, inclusive com permissão clara à restrição ou limitação de Direitos fundamentais, como é o caso *p.e.* do Direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII da CF/88 e que estabelece que “o Direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL). Se a lei pode estabelecer limites ao Direito de greve dos servidores públicos, então é possível que a lei promova restrições ou limitações a esse Direito fundamental que não estão expressamente previstos no dispositivo constitucional.

O fato de a Constituição não estabelecer ela própria quais são as hipóteses de greve do servidor público (no exemplo trazido aleatoriamente acima) não é um defeito normativo ou um caso tipicamente brasileiro, como bem lembra Beatty (2014, p. 7):

O problema é que as exortações constitucionais que proclamam a inviolabilidade da vida, liberdade e a igualdade, as quais são as peças nodais de quase todas as declarações de Direitos, na realidade dizem muito pouco aos juízes acerca de como solucionar as intrincadas disputas da vida real que eles são chamados a decidir. As excelentes e grandiosas expressões características de todos os textos constitucionais fornecem pouca orientação prática sobre questões polêmicas [...]

Fica claro que a ausência de um dispositivo constitucional, nos termos como acima se observou, não impede que se possa cogitar a possibilidade de que os Direitos fundamentais no Brasil possam sofrer limites e restrições. Sobre o tema, aliás, segue importante lição de Alexandrino (2006, p. 469):

[...] os limites constitucionais, sejam directos ou indirectos, mas também os limites infra-constitucionais (a menos que se pretendesse uma ordem jurídica rígida e imutável) são grandezas e emergências inevitáveis, cuja não edição, não reconhecimento ou não permissão estariam para a além das

possibilidades (lógicas, ontológicas e funcionais) de que – numa ordem jurídica de Estado de Direito ou, até, em qualquer ordem jurídica racionalmente instituída – dispõe o legislador constituinte.

Neste sentido, a questão passa da possibilidade ou não da restrição a Direitos fundamentais, já doutrinária e jurisprudencialmente aceita e até mesmo logicamente necessária, para a questão de saber como se estabelecem esses limites e restrições e quais os seus limites, ou seja, é necessário saber como e até onde se pode limitar ou restringir legitimamente um Direito fundamental.

A ausência de dispositivo constitucional expresso torna o tema mais complexo, visto que não há dispositivo de onde partir. Contudo, como se verá adiante, essa é uma questão substancialmente teórica e, dependendo do aceite da teoria interna ou externa, os efeitos poderão ser mais ou menos atrelados à concepção de um Estado democrático de Direito, ou, nas palavras de Mendes (2012, p. 42):

A complexidade da questão relativa às restrições dos Direitos individuais dificulta, também, a sistematização uniforme dessas imitações. Em verdade, tal sistematização depende, fundamentalmente, da própria concepção teórica sobre as restrições, dos objetivos que se lhes atribuem

A importância do tema, no entanto, deixa clara a responsabilidade de construir doutrinariamente uma teoria sobre os limites e restrições a Direitos fundamentais que não seja tão estreita a ponto de inviabilizar uma intervenção legislativa e interpretativa que permita adequar os Direitos fundamentais às (novas) realidades sociais, e nem tão ampla a ponto de permitir que os limites e as restrições impostas esvaziem por completo o âmbito de proteção do Direito fundamental.

Neste sentido, bem lembra Borowski (2000, 29-30):

A restrição aos Direitos fundamentais parece ser um assunto familiar entre os juristas. A Constituição garante algumas liberdades fundamentais, o Legislador limita parcialmente ditas liberdades me diante a expedição de leis. Esta atitude tem lugar geralmente no Estado democrático constitucional moderno e, mesmo que não se torne uma séria discussão sobre a efetividade das restrições, é visto como algo comum e corrente. Mas se estuda-se mais detidamente o fenômeno das restrições a Direitos fundamentais, rapidamente se depara com uma ampla gama de perguntas. Apenas para nomear algumas, surgem aquelas sobre a reconstrução teórico-jurídica do processo de restrição ou sobre a relação entre restrição e configuração, assim como a

pergunta sobre ser possível que a lei restrinja uma norma de grau superior.<sup>19</sup> (tradução livre).

Diante disso, entendendo possibilidades das restrições e limites aos Direitos fundamentais, mesmo sem a expressa previsão em âmbito constitucional do procedimento e dos limites em que isso pode ocorrer, é necessário que se estabeleça um roteiro onde a análise dos limites e restrições a Direitos fundamentais possua uma lógica constitucional.

Desta forma, como dito acima, a premissa básica é a do Estado democrático de Direito, sendo, portanto, necessário que, para haver restrições e limites a Direitos fundamentais haja expressa autorização constitucional.

Dito isso, parece existir, numa primeira análise, a impossibilidade de restrições e limites a Direitos fundamentais sem que haja um permissivo constitucional, ao menos para o contexto brasileiro. É este também o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 43):

Os Direitos individuais enquanto Direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).

Contudo não se pode deixar de levar em consideração que existem normas constitucionais que, mesmo não permitindo expressamente a restrição por obra do legislador ordinário, carece ser aplicada em uma realidade prática, ou seja, a norma deve ser aplicada dentro de um sistema normativo e para uma sociedade cambiante.

Desta forma, não parece ser absurdo levantar-se a hipótese de que, mesmo que não haja autorização expressa, uma norma constitucional sofre restrição de outras normas, inclusive com grau inferior, especialmente se admitir-se que princípios são mandados de otimização.

Na busca por um roteiro que norteie a análise do tema no Direito brasileiro, é possível seguir a classificação de Canotinho (2003, p. 1276), mesmo levando-se em

---

<sup>19</sup> La restricción de los derechos fundamentales parece ser un asunto familiar entre los juristas. La Constitución garantiza unas libertades fundamentales, el Legislador limita parcialmente dichas libertades mediante la expedición de leyes. Este proceder tiene lugar generalmente en el Estado democrático constitucional moderno y, mientras no se torne en una seria discusión sobre la efectividad de las restricciones, es visto como algo común y corriente. Pero si se estudia más detenidamente el fenómeno de las restricciones a los derechos fundamentales, rápidamente se topa uno con una amplia gama de preguntas. Sólo para nombrar algunas, surgen aquéllas sobre la reconstrucción teórico-jurídica del proceso de restricción o sobre la relación entre restricción y configuración, así como la pregunta de si es posible que la ley restrinja una norma de rango superior.

consideração que a sua análise é pautada em outra realidade constitucional, o que exigirá uma ou outra correção de rota:

A compreensão da problemática das restrições de Direitos, liberdades e garantias exige uma “sistemática de limites”, isto é, a análise dos tipos de restrições eventualmente existentes. Aqui vai pressupor-se a seguinte tipologia: (1) restrições constitucionais directas ou imediatas, ou seja, restrições directamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais; (2) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição (reserva da lei restritiva); (3) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de Direitos.

Mesmo deixando de lado a concepção dos limites imanescentes (item 3 da proposta de José J. Gomes Canotilho), que será abordada em momento posterior, é possível retirar da proposta do professor de Coimbra um fio condutor para a análise da questão no Direito constitucional brasileiro.

Levando em conta a distinção entre limites e restrições acima estabelecida, podem-se entender como possíveis de sofrer limites ou restrições (1) aqueles Direitos fundamentais cuja própria Constituição já elencou o limite ao Direito fundamental (vida, associação, reunião) e (2) aqueles Direitos cuja Constituição remeteu à integração normativa infraconstitucional, nestes casos haverá de se conceber limites aos Direitos fundamentais.

Além desses casos, ficará a cargo do intérprete constitucional, especialmente, no caso brasileiro, dos ministros do STF, as restrições a serem impostas a Direitos fundamentais diante da colisão com outros Direitos fundamentais, seja pela existência de norma infraconstitucional que restringe Direitos fundamentais sem que a Constituição o tenha autorizado (análise do âmbito de proteção), seja para casos de incompatibilidade entre os próprios Direitos fundamentais em casos concretos, quando o âmbito de proteção de um Direito fundamental colide com o de outro.

Seguindo, então, o caminho proposto por Canotilho, verifica-se que a Constituição brasileira de 1988 possui vários dispositivos constitucionais em que são estabelecidos limites a Direitos fundamentais, sem se falar, nestes casos, de necessidade de atuação legislativa ordinária ou de constituinte reformador. É o caso, para citar alguns exemplos, do Direito à vida (art. 5º *caput*), que sofre limitação em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a). O caso do Direito de propriedade (art. 5º, XXII) cuja desapropriação está assegurada no art. 5º, XXIV.

Neste mesmo sentido também verifica-se o sigilo telefônico e a sua quebra por ordem judicial fundamentada (art. 5º, XII), da liberdade de associação e a exigência de que tenha fins lícitos (art. 5º, XVII), além daquelas previsões do estado de defesa e de sítio que expressamente preveem limitações a Direitos fundamentais (MENDES, 2012, p. 44).

Em todos esses casos o constituinte originário estabeleceu o Direito e no mesmo patamar designou a restrição, ou seja, a restrição é tão constitucional quanto o Direito ou a garantia. Essa afirmação só é possível dentro de um contexto da teoria externa dos limites, como se verá adiante.

É importante também citar a discussão em torno da possibilidade de limitação a Direitos fundamentais advinda de emenda constitucional. É de notar que a Constituição brasileira trata da proteção material aos Direitos fundamentais, estabelecendo limites à reforma constitucional ao vedar qualquer diminuição dos Direitos e garantias constitucionais (Art. 60, §4º da CF/88), adotando uma postura rígida quanto à reforma constitucional.

Neste ponto, pode-se afirmar que qualquer norma constitucional que estabeleça restrição a Direitos fundamentais, especialmente às normas constitucionais originárias, será inconstitucional, o que pode ser aferido por meio de controle de constitucionalidade de emenda constitucional que fira cláusulas pétreas conforme estabelecido nas ADIS 1946, 3685-8 e 939. A saber:

O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária ([art. 60](#), § 4º, da CF). Precedente: [ADI 939](#) (BRASIL, [ADI 1.946-MC](#)).

Note-se que uma eventual emenda constitucional que, ao alterar um dispositivo que estabelece Direitos fundamentais, dê ao dispositivo constitucional maior amplitude, concreção ou aumente a proteção ao Direito fundamental deverá ser considerado constitucional. O que está vedado pelo art. 60, §4º, tanto ao constituinte reformador quanto ao legislador ordinário (por extensão), é a abolição ou a restrição de Direitos fundamentais ou de seu conteúdo essencial, mesmo que por emenda constitucional

A outra situação diz respeito aos casos em que a Constituição, de forma expressa, relegou ao legislador infraconstitucional a regulamentação ou delimitação do Direito fundamental.

É de notar que a Constituição não adota um único critério para reclamar a regulamentação infraconstitucional, sendo possível adotar mais de um termo para remeter ao legislador a atuação de regulamentação do Direito fundamental.

Se analisados apenas os Direitos formalmente fundamentais, ou seja, do art. 5º ao 17 da Constituição Federal brasileira, é possível encontrar os seguintes termos para remeter ao legislador a competência sobre a eficácia dos Direitos fundamentais: nos termos da lei (art.5º, VII, XV, XVIII, XLII, art. 7º, I, XII, XIX, XX, XXI, art. 8º, VIII, art. 14), na forma da lei (art. 5º, XVIII, XXXII, LXXVI, LXXVII, art.7º, X, XXIII, XXVII, art. 12, II, “a”, art. 14, §3º, §11, art. 17, §2º), fixada em lei (art. 5º, VIII), (que) a lei estabelecer(á) (art. 5º, XIII, XXIV, art. 7º, XXXIV, parágrafo único, art. 14, § 9º), de acordo com a lei (art. 17, IV), a lei definirá (art. 9º, §1º), às penas da lei (art. 9º, §2º), definido em lei (art. 5º, XXVI, LXI, art. 7º, XI), fixado em lei (art. 7º, IV), a lei assegurará (art.5º, XXIX), organização que lhe der a lei (art. 5º, XXXVIII), quando a lei admitir (art. 5º, LXVI), previstas em lei (art. 5º, LVIII), a lei regulará (art. 5º, XLVI), entre outras hipóteses de remissão à lei.

É importante salientar que, em algumas ocasiões, a Constituição estabelece que a lei deverá ser complementar (art. 7º, I e art. 14, § 9º), em todos os demais a lei poderá ser ordinária.

A descrição dos termos utilizados pela Constituição serve exclusivamente para demonstrar que não há um critério lógico e exclusivo para determinar quando a Constituição está autorizando a limitação ou a restrição do Direito fundamental por meio de norma infraconstitucional. No entanto, a própria Constituição, em algumas ocasiões, utiliza o termo restrição ou restringir (art. 5º, LX, art. 136, §1º, I, art. 139, III, art. 220, *caput* e §4º), mas não usa o termo limites<sup>20</sup>, senão no já citado art. 37, VII.

Aliás, sobre a utilização do termo limites, de acordo como Freitas (2007, p. 17) não possui “qualquer previsão positiva conhecida, que não aquela prevista no art. XXIV, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948”.

Quanto à limitação constitucional estabelecida por norma infraconstitucional é necessário deter-se um pouco mais, visto que há vários inconvenientes e pormenores que merecem destaque.

Primeiramente, é de notar que acima se mencionou a ausência na Constituição brasileira de dispositivo que trate expressamente do tema dos limites e restrições, ao menos não nos termos como é feito em outros países. Entretanto, a Constituição de 1988

<sup>20</sup> A Constituição brasileira utiliza-se do termo limite em várias ocasiões, mas não no sentido que se está a analisar.

mantém uma tradição iniciada em 1824 e não repetida apenas na Constituição de 1937, em relação à previsão do princípio geral da reserva de lei. Pelo dispositivo, previsto na atual Constituição no art. 5º, II, apenas a lei por impor restrições a liberdade individual, é neste sentido que entende José Afonso da Silva (2010, p. 83):

Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do Direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição.

Essa observação é importante para enfatizar que a Constituição adota um regime geral de reserva legal, mas, para o tema que aqui se está tratando, o que importa será a reserva direta de lei. Neste sentido, importante a observação de Mendes (2012, p. 39): “a Constituição de 1988, tal como outras Constituições brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes Direitos individuais”.

Assim, é imperioso deixar claro que a intervenção legislativa ordinária só se dará de forma legítima quando houver autorização constitucional, ou seja, quando o dispositivo constitucional reclamar a atuação legislativa, em outras palavras, “consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados Direitos individuais respaldado em expressa autorização constitucional” (MENDES, 2012, p. 44).

Dito isso, passa-se para a primeira problemática, quanto ao nível de liberdade que se dá ao legislador ordinário, dito de outra forma, é sensível o problema quanto abertura semântica do dispositivo constitucional ao reclamar intervenção legislativa.

Em casos onde a terminologia utilizada pelo dispositivo constitucional adota caráter abstrato, por cláusula geral ou “fórmulas vagas”, pode-se gerar espaço demasiadamente grande de atuação para o legislador infraconstitucional, acarretando verdadeira ameaça aos Direitos fundamentais (MENDES, 2012, p. 44).

Na Constituição brasileira é possível encontrar disposições como “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII) ou “a pequena propriedade rural, assim definida em lei” (art. 5º, XXVI) que dão ao legislador uma abertura significativa para estabelecer restrições ao Direito fundamental de propriedade.

Note-se que o problema tem duas frentes, uma pela utilização de proteção a Direito fundamental por meio de cláusula aberta, outra pela remessa ao legislador da competência para determinar a concretização de norma constitucional estabelecida por meio de cláusula aberta. Ademais disso, a utilização de cláusulas abertas gera um inconveniente que vai para além da análise a partir do princípio da reserva legal, pois, no campo da interpretação constitucional, feita pelo Tribunal ou por qualquer outro intérprete, deixa-se um campo demasiadamente aberto para a imposição de limitações ao âmbito de proteção dos Direitos fundamentais em face da indeterminação do dispositivo constitucional.

Por outro lado a reserva legal que limita o campo de atuação do legislador pode acarretar um espaço para o legislador de mero declarador de aspectos primários dos Direitos fundamentais já estabelecidos no dispositivo constitucional. Ainda, o que é igualmente ruim, a utilização constante de reserva legal a fim de dar concretude a Direito fundamental pode acarretar a inefetividade do dispositivo constitucional visto que sempre dependerá do legislador para se estabelecer o âmbito de proteção do Direito fundamental.

Sobre essa questão veja-se a lição de Mendes (2012, p. 46):

[...]

Se a falta de previsão quanto à reserva legal não assegura maior efetividade à garantia fundamental, uma vez que, em muitos casos, o esforço hermenêutico de compatibilização pode levar à redução do âmbito de proteção, ou mesmo legitimar a imposição de restrições, a utilização abusiva dessas reservas pode reduzir ou nulificar a garantia constitucional. Sem dúvida, o estabelecimento de reservas legais impede a multiplicação de conflitos entre Direitos individuais diversos. Não se deve olvidar, no entanto, que a técnica que exige expressa autorização constitucional para a intervenção legislativa no âmbito de proteção dos Direitos individuais traduz, também, uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias.

Desta forma, se coloca a questão quanto ao papel do legislador infraconstitucional, entre ser mero declarador do conteúdo do Direito fundamental ou ser ente capaz de constituir verdadeira restrição ao Direito fundamental. A posição que concebe o legislador como mero declarador de Direitos fundamentais apequena demais o órgão constituído como espaço democrático de representação do povo, pelo que se entende que cabe ao legislador um papel mais ativo, especialmente para sopesar eventual colisão de Direitos fundamentais, papel este que, dependendo da posição adotada é mais legítima que a dos Tribunais.

Saliente-se que a hipótese de conceber o legislador como mero declarador das restrições já concebidas em âmbito constitucional está muito mais atrelada à concepção da teoria interna dos limites aos Direitos fundamentais. Neste mesmo sentido, a doutrina ainda separa a atuação do legislador ordinário frente ao princípio da reserva legal em reserva legal simples e reserva legal qualificada, cuja diferença pode ser assim estabelecida:

No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou atendimento de requisito expressamente definido na Constituição (MENDES, 2012, p. 47).

Em suma, a distinção entre restrição/limitação legal simples ou qualificada é que, no primeiro caso, o legislador tem maior espaço para delimitar a eficácia do Direito fundamental, enquanto que, na reserva qualificada, este espaço está limitado àquilo que a própria Constituição estabeleceu, ou seja, a lei só pode tratar do tema que a Constituição a ela relegou e não a todos os aspectos que envolvem o Direito fundamental.

Dentro desses aspectos, a intervenção do Legislador infraconstitucional será inicialmente legítima, visto que a própria Constituição remete para o Legislador infraconstitucional o dever de regulamentar dispositivo constitucional, oportunizando ao Poder Legislativo ordinário a restrição de Direitos fundamentais sem que se possa falar de ofensa à supremacia ou hierarquia da Constituição, desde que a norma infraconstitucional limite-se aos termos e às condições necessárias para a eficácia de tais Direitos, o que o legislador faz, em tese, com algum âmbito de liberdade, mas não com liberdade plena.

Importante ressaltar, ainda, a distinção feita por Gilmar Mendes entre restrição a Direitos fundamentais e conformação legislativa. Para Mendes a regulamentação de dispositivo constitucional não implica, necessariamente, restrição ou imposição de limites a Direitos fundamentais, trata-se de normas com âmbito de proteção estritamente normativo, ou seja, nesses casos se está diante de uma hipótese de conformação constitucional onde não há restrição, mas apenas adequação ou regulamentação daquilo que a própria Constituição já previu, como é o caso do art. 5º, XXXII “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL).

Obviamente que, mesmo adotando-se esta tese, o legislador infraconstitucional não tem poderes amplos, visto que não pode esvaziar por completo o

Direito fundamental regulamentado, o que, caso feito, poderá insurgir em inconstitucionalidade.

A tese defendida por Mendes encontra respaldo na classificação das normas constitucionais nos termos feitos por José Afonso da Silva, que as classifica como normas de eficácia restrita. A grande qualidade desta tese é a de reforçar o princípio democrático, visto que remete aos representantes do povo, eleitos democraticamente, a conformação do conteúdo do direito fundamental, o que será feito diante das condições históricas, fáticas, jurídicas e sociais que compreendem o progresso civilizatório da sociedade brasileira, no tempo da regulamentação.

O contraponto está exatamente no fato de que esta postura enfraquece a eficácia das normas constitucionais – e da própria Constituição – que acabam ficando à mercê das maiorias legislativas.

Há, no entanto, outra tese sobre o poder de conformação do Legislador, não tão simpática a atuação do legislador infraconstitucional e que tenta reforçar mais a força normativa da Constituição Federal, mas que para ser analisada dependerá de uma concepção mais clara sobre os aspectos teóricos que circundam o tema e que será melhor desenvolvida no decorrer do estudo.

É de notar também que a própria localização da Constituição dentro do ordenamento jurídico e a rigidez constitucional deveriam servir como mecanismos argumentativos para evitar qualquer defasagem ou violação a Direitos fundamentais não expressamente previstos. Entretanto, neste ponto, segue-se a posição de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 24), para quem a simples natureza de supremacia da Constituição e a presunção de um papel predominantemente protagonista dos Direitos fundamentais dentro da dogmática constitucional brasileira não são suficientes para presumir uma cláusula de respeito ao conteúdo essencial dos Direitos fundamentais.

Sendo assim, quanto às limitações a Direitos fundamentais são estabelecidas pelo legislador infraconstitucional, o problema se coloca de forma plena, visto que, diante da autorização constitucional para que o legislador promova a concretização de determinado Direito fundamental, através de norma infraconstitucional, não há que se discutir a legitimidade do Poder Legislativo ou a eventual validade da norma infraconstitucional hígida e que impõe limites aos Direitos fundamentais. Contudo deve-se ficar claro que a atuação do legislador só é possível nos casos em que a própria Constituição permitiu a atuação legislativa, sob pena de inconstitucionalidade.

Ainda, naquilo que concerne às restrições advindas de interpretação constitucional, em questões como as de colisões de Direitos fundamentais ou de verificação da constitucionalidade de normas infraconstitucionais, quando do desenvolvimento de conformação constitucional, é possível que, ao decidir a questão, o STF estabeleça por si próprio limites aos Direitos fundamentais e que nem sempre estão expressos no texto constitucional. Trata-se de uma questão eminentemente interpretativa.

Por fim, quanto ao roteiro acima estabelecido, os Direitos fundamentais podem sofrer restrições por meio de norma infraconstitucional que trate de tema amparado por norma constitucional sem que haja reserva legal e através de colisão com outros Direitos fundamentais (princípios), mas, neste último caso, a colisão se dá no exercício de Direito fundamentais cujo âmbito de proteção é alargado.

Quanto à restrição a “Direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal” (MENDES, 2012, p. 54), a doutrina tem apontado como argumento para justificar uma intervenção legislativa que possa acarretar alguma restrição a Direito fundamental, o princípio da reserva de legal geral (art. 5º, II), nos termos como foi acima especificado.

É possível encontrar, a título argumentativo, uma reserva legal geral, advinda do art. 5º, II da CF/88 como fundamento para sustentar a restrição de Direitos fundamentais por meio de normas jurídicas que não estabeleceram uma reserva legal direta. Contudo a reserva legal geral serve de argumento apenas se não houver contrariedade com o âmbito de proteção da norma constitucional, visto que de outro modo a questão se resolve pelo critério da hierarquia.

A questão tem sido resolvida pela doutrina e pelo próprio STF, no sentido de que uma eventual norma infraconstitucional que, ocasionalmente, venha a estabelecer restrições a Direito fundamental, sem que a norma constitucional tenha estabelecido qualquer reserva legal, deverá ser analisada em relação ao âmbito de proteção da norma de Direito fundamental e, havendo conflito, necessariamente declarada inconstitucional.

Veja-se que, mesmo nesses casos, é possível encontrar justificção à restrição de Direitos fundamentais, desde que a legislação esteja amparada em outros princípios constitucionais (MENDES, 2012, p. 55), o que permitiria justificar a restrição ao Direito fundamental com base em bens jurídicos como a ordem pública, interesse social e outros de titularidade coletiva lato senso. Contudo, é importante deixar claro que a regra em casos como esses, onde não há qualquer remissão à reserva legal, é que o Direito fundamental seja aplicado em sua plenitude, ressaltando sempre que isso dependerá também da teoria do

Direito que se adote (teoria interna, externa ou dos princípios). Assim, a doutrina deixa claro que se a lei não ofender o âmbito de proteção do Direito fundamental, então se está diante de uma norma válida, mesmo que isso acarrete alguma restrição ao Direito fundamental.

Obviamente que esta restrição só pode ser aparente, visto que em qualquer outra hipótese a norma é inconstitucional. Aqui se pode dizer de forma menos polêmica que só é possível restrição a Direitos fundamentais quando a Constituição estabelecer reserva legal ou quando, na ausência desta, não houver ofensa ao conteúdo essencial do Direito fundamental, como bem ensina o ministro Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 55):

É bem verdade que a ação limitadora – de índole legislativa, judicial ou administrativa – há de ser imantada por todo tipo de cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos no estabelecimento de restrições a Direitos fundamentais não submetidos à reserva legal expressa. Daí a necessidade de que eventual limitação de Direito fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional.

Veja-se, no entanto, que pela teoria dos princípios à eficácia dos Direitos fundamentais positivados como princípios será sempre *prima facie* e, portanto, passível de limitação diante de circunstâncias de fato e de Direito, o que também tem a ver como a amplitude do suporte fático, como ficará evidenciado. Assim, de acordo com a teoria dos princípios a colisão entre princípio se resolve por uma regra de colisão, ou seja, a solução para a colisão está na regra de solução para a colisão, e norma infraconstitucional que oferece restrições a Direitos fundamentais pode ser o produto da colisão de dois Direitos fundamentais, mesmo que nenhum destes princípios estabeleça algum tipo de reserva legal.

Desta forma, é possível que essa regra de solução de colisão seja materializada por meio de norma jurídica (lei ou ato normativo), ocasião em que a norma infraconstitucional estabelecerá a solução para a colisão, é o caso, para citar um exemplo, trazido por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 142), da regra do art. 76 do ECA que estabelece: “As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas”.

Em lugar de entender-se essa norma como uma colisão com o princípio da liberdade de imprensa, deve-se entendê-la como regra de sopesamento (solução de conflitos da teoria dos princípios) da colisão dos princípios da liberdade de imprensa e da proteção da criança e do adolescente.

Essa norma, portanto, estabelece, por meio de regras, uma restrição aos Direitos fundamentais, valendo dizer que não há nenhuma reserva de lei no dispositivo do art. 220 da CF/88 (princípio da liberdade de imprensa), ao contrário disso, há uma verdadeira negação à qualquer restrição direta: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Neste sentido, parece acertada a posição de Alexandrino (2006, p. 479), mesmo que contrário à teoria dos princípios, pois para o autor português:

[...] tal como os efeitos de uma norma não se esgotam nela própria (as consequências jurídicas impostas por uma norma de Direito fundamental não estão em geral, sequer, previstas no texto constitucional), quando devidamente concebidos, os Direitos não se resumem a si próprios, já que nascem em contexto, vivem em contexto e se projectam em contexto. Esse contexto é dado pelas exigências de realização e operação – com correspondente eficácia (*grundrechtlicher Wirkungsradius*) e redução da eficácia (*Normwirkungsreduktion*) – do conjunto de normas de garantia, a partir da configuração que estas logram obter no texto constitucional.

Por outro lado, a questão da colisão de princípios, que ocorre no âmbito da relação entre normas constitucionais, cuja solução se dá exclusivamente no cenário da interpretação e da decisão judicial deve ser analisada por outro viés.

É de notar que a questão se torna ainda mais complexa porque as decisões do Supremo Tribunal Federal têm efeito vinculante e *erga omnes* em caso de controle de constitucionalidade concentrado, acarretando uma maior dificuldade para se alterar tal decisão pela ausência de mecanismo de controle (democrático) prévio ou posterior ao acórdão do Tribunal.

É inegável, no entanto, que o dinamismo das relações sociais e o contexto onde nascem e convivem as normas constitucionais induzem a constantes conflitos. Chamado a se manifestar, para alguns até mesmo com algum exagero, o STF não tem deixado de dar solução aos casos. Entretanto, a tomada de decisão pelo STF não se dá exclusivamente em casos onde não há norma infraconstitucional (restrição por meio de colisão de princípios), ao contrário disso, é normalmente na análise da constitucionalidade de norma infraconstitucional que o STF tem promovido as suas decisões mais polêmicas.

Isso se dá porque no sistema brasileiro, tanto no caso de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais quanto no caso de colisão de princípios constitucionais, a última palavra, quanto análise da constitucionalidade, depende do STF, e

ambos os casos a solução se dá por meio de uma regra de solução da colisão, mas, no caso da existência de norma infraconstitucional, a análise do STF é pautada pela verificação da adequação material e formal à Constituição e ao âmbito de proteção dos Direitos fundamentais, enquanto que, no caso de exclusiva colisão de princípios (Direitos fundamentais), o supremo editará a regra de solução para a colisão. Assim, a existência de uma regra de solução pode ser proveniente da solução, por parte do legislador, através do sopesamento dos princípios constitucionais em colisão, ou por decisão do STF, por meio de ponderação, entre os princípios constitucionais que colidem.

Neste caso é importante salientar a distinção entre sopesamento e proporcionalidade. Quando o legislador, ao atuar dentro da sua esfera de competência, se vê diante da possibilidade de colisão de dois princípios fundamentais opera um sopesamento entre os dois princípios e dele resulta uma regra jurídica de solução da colisão que imporá restrições a um dos princípios de Direito fundamental.

A referida regra, no caso do sistema jurídico brasileiro, poderá sofrer controle de constitucionalidade a fim de verificar se a regra (norma jurídica), ao estabelecer restrições ao Direito fundamental, não o fez de forma desarrazoada ou se o fez sem que trouxesse qualquer benefício a outro Direito fundamental. Essa análise, feita pelo Poder Judiciário, terá como base a proporcionalidade, onde será analisada a necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da regra adotada por meio do sopesamento pelo legislador.

A análise por via da proporcionalidade também é feita pelo Judiciário quando há colisão de Direitos fundamentais (restrições via princípios), mas não há regra de solução (norma infraconstitucional) para a colisão. Note-se que a diferença entre sopesamento e proporcionalidade por essa perspectiva só é possível aceitando inteiramente a teoria dos princípios nos termos como foi desenvolvida por Alexy.

Após trazer à baila as questões essenciais do presente estudo é necessário que se aborde tópicos mais restritos sobre o tema, a fim de poder abordar de forma mais completa a questão em análise. Neste sentido, para evitar uma abordagem aleatória do tema, faz-se uma opção clara pelo roteiro indicado por Sarlet (2010, p. 386), para quem a determinação da eficácia dos Direitos fundamentais depende do desvendamento do âmbito de proteção (suporte fático) da norma constitucional, seguindo-se pela imposição de limites constitucionalmente possíveis aos Direitos fundamentais e, por fim, estabelecendo limites aos próprios limites. Esse será o caminho a ser percorrido a partir de agora.

### 2.2.1 Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais

Uma das questões essenciais no estudo dos Direitos fundamentais está ligada à delimitação do conteúdo dos Direitos fundamentais (MENDES, 2012, p. 33). A determinação do conteúdo das normas constitucionais que estabelecem Direitos e garantias fundamentais está diretamente ligada ao tema da eficácia e da limitação dos Direitos fundamentais.

Essa determinação do conteúdo dos Direitos fundamentais tem sido tratada na doutrina como suporte fático, âmbito de proteção, conteúdo essencial ou núcleo essencial, todos se referindo àquilo que a norma constitucional protege em essência e também às condutas, posições e bens jurídicos que estão amparados pelo pálio do Direito fundamental. Assim, a questão da delimitação do âmbito de proteção da norma constitucional definidora de Direitos fundamentais é essencial para a análise da eficácia dos Direitos fundamentais, pois somente sabendo o que é protegido pelo dispositivo constitucional é que se torna possível determinar o alcance da norma jurídica e a sua condição mínima para gerar efeitos. Contudo, em que pese ser intuitivo que os Direitos fundamentais possuem um conteúdo básico ou essencial (um núcleo fundamental), como dito por Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 23), a questão é muito mais complexa do que uma mera determinação de um aparente sentido ao texto normativo.

A definição do âmbito de proteção da norma “exige um renovado e constante esforço hermenêutico” (MENDES, 2012, p. 36). Como dito, será na análise do texto normativo constitucional que se encontrará o “âmbito de proteção de um Direito fundamental” (MENDES, 2012, p. 34), e isso é importante para enfatizar que o bem jurídico protegido ou estabelecido como Direito fundamental está contido no texto normativo e não nas percepções de mundo do intérprete.

Neste sentido, a interpretação que haverá de ser feita a fim de se desvendar a norma jurídica estabelecida no dispositivo constitucional, deverá levar em consideração esse âmbito de proteção. Nesse sentido, nas palavras de Mendes (2012, p. 35):

Isso significa que o âmbito de proteção não se confunde com a proteção efetiva e definitiva, garantindo-se a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional.

É importante a observação de Andrade (2012, p. 276): “o problema deve, portanto, ser resolvido como problema de interpretação dos preceitos que preveem cada um dos Direitos fundamentais no contexto global das normas constitucionais”, mesmo que se leve em consideração que o autor Português tem uma percepção de âmbito de proteção dos Direitos fundamentais diferente da que se irá adotar no presente trabalho, como ficará evidente mais adiante. A sua afirmação é também no sentido de que o problema da definição do âmbito de proteção da norma constitucional é efetivamente um problema de interpretação.

Dito isso, vale dizer que, ao analisar a doutrina, é recorrente encontrar referências ao termo âmbito de proteção ou suporte fático. Alexy, por sua vez, estabelece uma distinção clara entre suporte fático e âmbito de proteção, no que é seguido de perto, mas com alterações, por Virgílio Afonso da Silva.

A diferenciação entre suporte fático e âmbito de proteção será também adotada no presente trabalho, sendo necessário, portanto, deixar claro do que se está tratando quando se utiliza tais expressões.

A primeira observação a se fazer é que suporte fático e âmbito de proteção são conceitos diferentes, nos termos como estabelecidos por Alexy e Virgílio Afonso da Silva. Além de serem conceitos diferentes, âmbito de proteção e suporte fático têm características diferentes diante de normas constitucionais negativas e positivas (ALEXY, 2011, p. 302).

Observa-se novamente que essa percepção de suporte fático e de âmbito de proteção só serve desde que entendidos no mesmo sentido de que os define Robert Alexy (suporte fático amplo), pois se concebidos a partir da ideia de suporte fático restrito a consequência será outra. A diferença entre o suporte fático amplo e o restrito será adiante esclarecida. Explicando melhor, se a estrutura de eficácia das normas de Direitos fundamentais está pautada na trilogia âmbito de proteção (suporte fático)-limites-limites dos limites, o suporte fático/âmbito de proteção é exatamente o que determina o alcance inicial dos Direitos fundamentais, pois são concebidos como aquilo que é protegido como Direito fundamental sem a incidência de qualquer restrição.

Para a teoria dos Direitos fundamentais que se segue neste trabalho (teoria desenvolvida por Robert Alexy), os Direitos fundamentais devem ser considerados *prima facie* com a maior eficácia possível (teoria do suporte fático amplo), abarcando tudo aquilo que racionalmente possa se conceber dentro do âmbito de proteção do dispositivo jurídico que estabelece o Direito fundamental (SILVA, 2006 p. 25).

Voltando à distinção entre suporte fático e âmbito de proteção, Alexy indica a possibilidade de maior ou menor proximidade entre esses conceitos de acordo com o tipo de

dispositivo de Direito fundamental que se esteja analisando, isto é, o suporte fático e o âmbito de proteção serão mais próximos se o dispositivo constitucional tratar de um Direito fundamental de natureza permissiva ou de ações negativas, podendo ser mais distantes quando o Direito fundamental tiver natureza positiva (ALEXY, 2011, P. 303).

Suporte fático deve ser entendido como algo mais amplo do que âmbito de proteção (SILVA, 2006, p. 31). Segundo Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 31), a definição de suporte fático se dá com a resposta às seguintes questões: “(1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?”.

Para Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2006, p. 29), preliminarmente, “é possível dizer que o preenchimento do suporte fático de uma norma é a condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer”.

A resposta à primeira pergunta “o que é protegido?” define o âmbito de proteção da norma. O suporte fático, por sua vez, dependerá da resposta a todas as quatro questões. Entretanto, Alexy estabelece exemplos onde o suporte fático e o âmbito de proteção “coincidem totalmente” porque “aquilo que incluído no suporte fático é incluído também no âmbito de proteção” (ALEXY, 2011, P. 303). Para o autor alemão isso acontecerá principalmente em caso de Direitos fundamentais que possuam natureza permissiva ou negativa.

Para Sarlet (2010, 387):

O âmbito de proteção de um Direito fundamental [...] abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica. Com outras palavras, trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos (disposições) que asseguram Direitos fundamentais, mas também entre outras razões, em virtude da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexa multifuncionalidade dos Direitos fundamentais.

Desta forma, adotando a classificação estabelecida por Virgílio Afonso da Silva, desenvolvida com base na teoria dos princípios de Alexy, pode-se conceber o suporte fático como o âmbito de incidência da norma jurídica considerando as hipóteses de restrição que a própria norma concebe e as dificuldades fáticas que o aplicador da norma pode encontrar ao buscar eficácia do Direito fundamental.

O âmbito de proteção, por sua vez, consagra o bem jurídico protegido através da simples análise semântica do texto. *A priori*, o âmbito de proteção está no nível da interpretação e o suporte fático no nível da aplicação após a interpretação do texto normativo.

Dito isso, e estabelecida esta diferença fundamental entre suporte fático e âmbito de proteção, é necessário ir além para esclarecer que, para Alexy e para Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático apresenta ainda mais dois elementos essenciais, mas que são abordados de forma diferente na teoria do suporte fático desses autores.

Além do âmbito de proteção o suporte fático será composto também pela intervenção estatal e deverá sofrer a influência do fundamento constitucional. Dito de outra forma, a aplicação e a consequente eficácia do Direito fundamental de forma plena e ampla (suporte fático da norma constitucional) depende da definição do âmbito de proteção, da intervenção estatal e do fundamento constitucional para a intervenção.

Essa trilogia é concebida tanto por Alexy quanto por Virgílio Afonso da Silva. Contudo, para Alexy, o suporte fático compreende apenas o âmbito de proteção e a intervenção estatal (ou particular), estando fora do suporte fático o fundamento constitucional para a intervenção estatal, mesmo que ele seja essencial para a determinação do suporte fático da norma. É importante salientar que a questão da intervenção estatal tem grande relevância no conceito de suporte fático e é parte da composição do seu conceito, visto que a intervenção estatal deve estar presente na resposta à pergunta 2 (contra o quê?).

Note-se que mesmo a resposta podendo ser “contra o particular”, a principal função do Direito fundamental é de que seja “contra a intervenção do Estado” no âmbito de proteção da norma de Direito fundamental, posto que em regra é o Estado que intervém de forma legítima na esfera de proteção do Direito fundamental.

Neste ponto é importante uma observação, a ideia de intervenção estatal aqui está concebida com base na teoria de Alexy e de Virgílio Afonso da Silva. Para uma concepção institucional do Direito, como concebida por Peter Häberle, há um severo distanciamento desta concepção de Estado como inimigo da liberdade individual, o que, aliás, coloca o referido autor na esteira daqueles que perfilham a esteira da teoria interna dos Direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 133-136).

Saliente-se também que esta intervenção é estabelecida aqui como uma restrição e não como uma intervenção restritiva nos termos como estabelecido por Novais (2010, p. 194)<sup>21</sup>. Para o autor português a intervenção restritiva é uma intervenção que se

<sup>21</sup> Para Novais, há uma diferença entre a restrição em sentido estrito e a intervenção restritiva, naquela há uma “redução, amputação ou eliminação do conteúdo *objetivo* do direito fundamental constituído”, enquanto que a restrição somente afeta a posição individual em relação ao direito fundamental e não o conteúdo do direito

opções ao Direito subjetivo de determina indivíduo, “permanecendo inalterada a norma de Direito fundamental” (NOVAIS, 2010, p. 194).

Tanto para Alexy quanto para Silva a intervenção estatal tem relevo, visto que ambos partem de uma premissa comum, a de que os Direitos fundamentais são estabelecidos como princípios enquanto mandados de otimização, o que significa um Direito *prima facie*, sem restrição. A restrição será exatamente a intervenção estatal, que pode fazê-lo por meio de uma lei ou por meio de decisão judicial onde se delimita o âmbito de proteção da norma constitucional.

Por esta razão é que o terceiro aspecto, fundamentação constitucional, ganha tanta importância. É exatamente neste ponto que os autores discordam.

Note-se que depois de definido o âmbito de proteção e estabelecida a intervenção estatal ou particular neste âmbito de proteção, é necessário o cotejo com o fundamento constitucional para a intervenção estatal a fim de verificar se esta intervenção (leia-se restrição) é constitucional e válida, ou se, por outro lado, é em verdade uma violação ao Direito fundamental.

A diferença entre Virgílio Afonso da Silva e Alexy é que para o autor brasileiro o suporte fático compreende o âmbito de proteção, intervenção estatal (ou particular) e o fundamento constitucional, ou seja, o fundamento constitucional está dentro do suporte fático e não fora como na teoria de Alexy.

O conceito de suporte fático, desenvolvido por Alexy e defendido por Borowski (SILVA, 2006, p. 32), advém da soma do âmbito de proteção com a intervenção estatal (SILVA, 2006, p. 32), sendo o suporte fático contraposto à fundamentação constitucional. Dito de outra forma, para Alexy, o suporte fático é composto pelo Direito *prima facie* (o âmbito de proteção que é definido pela pergunta, o que é protegido? Aqui somente pode se conceber uma teoria ampla do âmbito de proteção) e a intervenção estatal, que é a delimitação do âmbito de proteção, visto que na segunda etapa o Direito já não mais *prima facie*, mas é o Direito com as limitações jurídicas e fáticas que se lhe impõem, sendo que o resultado disso é que será colocado frente ao fundamento constitucional, para verificar a validade constitucional deste suporte fático.

Contudo, para Silva (2006, p. 31), a intervenção estatal só faz sentido de compor o suporte fático se for inconstitucional, caso a intervenção estatal encontrar amparo na Constituição, então não se deve considera-lo fora do suporte fático da norma de Direito

---

fundamental. Para citar um exemplo trazido pelo próprio autor, uma norma penal restritiva de liberdade seria uma restrição em sentido estrito, enquanto que uma sentença penal condenando à prisão seria uma intervenção restritiva ao direito fundamental de liberdade (NOVAIS, 2010, p. 193 e 195).

fundamental. Dito de outra forma, para Virgílio Afonso da Silva, a ausência de fundamentação constitucional para a restrição do âmbito de proteção deve fazer parte do suporte fático da norma de Direito fundamental, pois se houver uma fundamentação constitucional para a restrição ao Direito fundamental, então não há que se falar em consequência jurídica para tal intervenção estatal, visto que o agente público interveio no âmbito de proteção do Direito fundamental com fundamento constitucional.

Note-se que é dada importância significativa no conceito de suporte fático para a autorização ou fundamento constitucional. Assim, é possível entender que não há nenhum problema em haver limitação a Direitos fundamentais, desde que a intervenção no âmbito de proteção destes Direitos fundamentais possua fundamento constitucional. Desta forma, quando se fala em restrição a Direito fundamental está na verdade falando, nesta equação, da intervenção estatal no âmbito de proteção do Direito fundamental. Da mesma forma, quando se fala em limites dos limites se está tratando da análise do fundamento constitucional para a intervenção.

No mesmo sentido, a análise quanto à amplitude do suporte fático, que tem a ver com a concepção do intérprete em relação à adoção de uma teoria interna ou externa (e dos princípios), está atrelada à primeira parte da equação, que é a determinação do âmbito de proteção. Assim, por esta teoria, fica evidente o caminho a ser seguido a fim de verificar se as restrições que podem ser impostas aos Direitos fundamentais têm ou não fundamento constitucional.

Neste ponto também é possível encontrar o local das críticas feitas aos argumentos metajurídicos para se sustentar restrições a Direitos fundamentais quando decididas pelo STF. Veja-se que a verificação da validade da restrição ao Direito fundamental está diretamente ligada ao fundamento constitucional, pois será nele que se desenvolverá a análise da permissão normativa ou fática quanto à restrição e, ainda, se há outros dispositivos constitucionais que justificam a intervenção estatal. Entretanto o fundamento tem de ser constitucional e aí reside o problema de utilizar-se princípios que não estão positivados ou que são utilizados de forma oportunista para justificar um posicionamento, uma restrição ou uma determinada interpretação constitucional.

É preciso insistir no fato de que a ideia de suporte fático acima estabelecida deixa claro a teoria dos princípios e, mais ainda, permite que o intérprete tenha, de forma lógica, condições de identificar em que fase do processo de eficácia da norma jurídica está colocada a restrição. Neste sentido, pode-se dizer que a questão relativa à reserva do possível,

por exemplo, está ligada à intervenção estatal (no caso a ausência de intervenção), da mesma forma que a desapropriação está também nesta fase do suporte fático (intervenção estatal).

A grande questão está na terceira parte, que é o fundamento constitucional, visto que há casos em que, para justificar a intervenção estatal, inclui-se como fundamento constitucional um princípio que não está positivado ou um “pseudo-princípio” ou, ainda, utiliza-se um argumento que não tem amparo na teoria do Direito estabelecida como premissa.

Note-se que, se o fundamento não for constitucional e mesmo assim houver intervenção estatal, há flagrante ofensa à teoria que justifica a restrição a Direitos fundamentais, mas principalmente à teoria dos princípios. A restrição a Direito fundamental que não encontra fundamento constitucional é inconstitucional. Ainda, neste ponto, é de ressaltar que, adotando esta teoria, em lugar de uma teoria interna dos Direitos fundamentais, é possível que se impeça uma restrição *a priori* dos Direitos fundamentais, mas apenas e se houver um fundamento constitucional que justifique a restrição e não que delimite o âmbito de proteção do Direito fundamental, visto que o problema disso vai para além do Direito subjetivo, contorna o próprio âmbito de proteção do Direito fundamental.

Nesse sentido, parece evidente que se trata de uma construção voltada para Direitos fundamentais de natureza negativa ou permissiva, ou seja, Direitos fundamentais que estabelecem uma restrição à intervenção estatal no âmbito de proteção dos Direitos fundamentais (SILVA, 2006, p. 31 e 32).

Para os Direitos fundamentais prestacionais o suporte fático deverá compreender não a intervenção estatal, mas a omissão - a resposta a pergunta dois (contra o quê?) terá uma resposta diferente diante de Direitos sociais, qual seja, a omissão estatal.

Desta forma, o suporte fático nos termos como acima estabelecido, também é possível para aferir a eficácia de Direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais ou Direitos positivos. Entretanto, neste caso, a intervenção estatal é a regra, sendo que o não agir estatal é que deverá ser fundamentado constitucionalmente, sob pena de que haja uma omissão inconstitucional.

Note-se que ainda aqui a teoria (externa) dos princípios é útil, pois, enquanto estabelece os princípios como Direito *prima facie* (mandados de otimização), esses Direitos devem ser exigidos na sua forma mais ampla e somente diante de circunstâncias factuais e jurídicas é que se aceitará uma restrição a tais Direitos.

Essa perspectiva de suporte fático, sustentada especialmente por Virgílio Afonso da Silva, deve ser compreendida ante a percepção de um âmbito de proteção amplo,

ou seja, se não houver restrição, todas as hipóteses ligadas ao âmbito de proteção, mesmo que, hipoteticamente, devem ser compreendidas como amparadas pela norma jurídica. Com isso, a regra é que os Direitos fundamentais não sofrem limites internos, mas apenas externos, e tais limitações só se justificam na Constituição.

Neste sentido, oportunidade e conveniência não são argumentos suficientes para justificar limitações a Direitos fundamentais, mais do que isso, qualquer restrição a Direitos fundamentais que não possua fundamento constitucional deve ser compreendida como violação a Direitos fundamentais e não como restrição. Note-se que se está adotando aqui uma percepção de que não há restrição inconstitucional, a restrição sem autorização constitucional é violação, a restrição, quando houver, será constitucional.

Neste ponto é necessário deixar claro que há uma diferença doutrinária e que está evidente nas teorias de Gilmar Ferreira Mendes e Virgílio Afonso da Silva, em relação ao âmbito de proteção.

Para Mendes, há Direitos fundamentais cujo conteúdo é eminentemente normativo, ou seja, o âmbito de proteção só existe com a conformação do legislador infraconstitucional, e, neste caso, não se está diante de restrição a Direito fundamental, mas de conformação legislativa.

Para o ministro do STF (MENDES, 2012, p. 38):

[...] essa categoria de Direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do Direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (resolung oderausgestaltung) em lugar de restrição (beschränkung).

Para Silva (2006, p. 25), ao contrário, qualquer delimitação normativa do texto constitucional deve ser compreendida como restrição. A análise, neste caso, seria apenas se a restrição é válida ou não, se em lugar de oferecer restrição a Direito fundamental estabeleceu-se uma verdadeira violação ao texto normativo, o que é aferido por meio da terceira etapa do suporte fático que é a autorização ou fundamento constitucional.

Um dos problemas desta concepção de suporte fático amplo, em que qualquer regulamentação é tida como restrição ou como violação de Direito fundamental, é que a validade da restrição está no argumento, ou seja, se o argumento puder ser considerado constitucional, então a restrição ao Direito fundamental é válida e pode ser promovida.

Não se deixa de considerar que tal possibilidade está amparada na origem por uma teoria argumentativa, no caso, a teoria argumentativa desenvolvida por Alexy.

Contudo, o que importa aqui é que para justificar a restrição a Direito fundamental “basta” (se é que isso é pouco) que haja um argumento constitucional. É por isso que se encontra na doutrina críticas ao surgimento de princípios que não estão positivados na Constituição, mas que são construídos argumentativamente para justificar a limitação ao Direito fundamental.

Como dito acima, essa questão passa necessariamente pela análise da amplitude do suporte fático e a doutrina tem se dividido entre teoria ampla e teoria restrita dos Direitos fundamentais, e a adoção de uma teoria ou de outra tem significados diferentes em relação à eficácia dos Direitos fundamentais (SILVA, 2006, p 32).

#### 2.2.1.1 Suporte fático restrito e suporte fático amplo

A questão do suporte fático amplo ou restrito, já algumas vezes referidas anteriormente, está diretamente ligada com o âmbito de proteção dos Direitos fundamentais. Como bem enfatiza Virgílio Afonso da Silva, a adoção de um suporte fático amplo implica a escolha por uma teoria das normas que as divide em regras e princípios. Contudo, para aqueles como Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade (SILVA, 2006, p. 33-34) que adotam uma teoria do suporte fático restrito, o âmbito de proteção de determinado Direito fundamental já está definido. É possível dizer que determinada conduta ou posição jurídica está ou não está abarcada pelo Direito fundamental apenas pela percepção que se tem do próprio Direito fundamental analisado.

Para Andrade (2012, p. 274) a questão do âmbito de proteção restrito, através de limite imanente, acarreta a consequência de que, em caso de eventual colisão entre Direitos fundamentais, é de verificar se há efetivamente colisão entre aquilo que compõe o âmbito de proteção de cada Direito fundamental, ocasião em que se perceberá que ambos os Direitos não possuem o mesmo âmbito de proteção e, assim, não se pode falar em colisão de Direitos fundamentais.

A grande questão que decorre da escolha de um suporte fático restrito advém do fato de que a escolha sobre aquilo que está ou não sob o pálio do âmbito de proteção da norma de Direito fundamental fica inteiramente a cargo do intérprete, bastando, para justificar uma determinada posição jurídica, sustentar que determinado Direito, liberdade ou garantia não está amparada pelo âmbito de proteção de uma norma de Direito fundamental e, conseqüentemente, não pode estar em colisão com outros Direitos fundamentais (ANDRADE, 2012, p. 274).

E a diferença é importante, como veremos melhor, já que, a entender-se que não há conflito, a solução do problema não tem que levar em conta o Direito invocado e outros Direitos e valores, porque ele não existe naquela situação (ANDRADE, 2012, p. 274).

Tanto no caso da adoção de um suporte fático amplo quanto no restrito há um repasse para o intérprete no papel da atribuição do conteúdo essencial do Direito fundamental. Entretanto, para aqueles que adotam um suporte fático restrito, os limites imanentes do âmbito de proteção da norma se estabelecem, *a priori*, como condicionante para a eficácia do Direito fundamental, enquanto que para a teoria do suporte fático amplo esses limites somente são considerados *a posteriori* (ANDRADE, 2012, p. 267).

É o caso, no Direito brasileiro, de dizer de antemão que a manifestação chamada “marcha da maconha” não está amparada pela liberdade de manifestação do pensamento porque tem conteúdo não amparado pelo Direito fundamental em análise ou, ainda, que a forma de manifestação do grupo feminista FEMEN não está amparado pela liberdade de manifestação, porque esta forma de manifestação não está amparada pelo dispositivo constitucional.

Note-se que, em ambos os casos, a restrição é prévia, sem cotejamento com o Direito fundamental reclamado, alegando-se, de início, que tal conduta não equivale ao conteúdo do Direito fundamental recamado.

A percepção de um suporte fático restrito não se compatibiliza com a ponderação de Direitos que eventualmente se encontrem em colisão, visto que não é no caso concreto que se dará a definição do suporte fático da norma, mas sim a concepção prévia que o intérprete tem do âmbito de proteção do Direito fundamental em análise, visto que “não há, nesses casos também, nenhuma colisão entre Direitos fundamentais, mas a *não-proteção* de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las” (SILVA, 2006, p. 34).

Como ficou demonstrado, a da amplitude do suporte fático está ligada à questão relativa ao que contém o âmbito de proteção do Direito fundamental. No suporte fático restrito, a resposta é definitiva e, *a priori*, no suporte fático amplo, a resposta a essa pergunta estabelece apenas uma definição *prima facie* do âmbito de proteção do Direito fundamental, visto que a resposta concreta dependerá de uma análise do caso concreto (SILVA, 2006, p. 34).

É por isso que a pergunta sobre "o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado Direito fundamental" tem consequências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta "o que é protegido *prima facie* por esse Direito?" Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda

ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do "âmbito temático" de um determinado Direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *independentemente da consideração de outras variáveis*. A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Também a resposta individualizada à mesma questão - o que é protegido *prima facie*? - segue o mesmo caráter aberto (SILVA, 2006, p. 34).

Note-se que a adoção de um suporte fático amplo não dá (nem poderia dar) ao Direito fundamental o *status* de absoluto, visto que a definição do âmbito de proteção é apenas um aspecto do suporte fático que, como já dito, comporta restrição, desde que autorizada pela Constituição, mais ainda, a teoria do suporte fático amplo está diretamente ligada a uma percepção de Direitos fundamentais como princípios e, assim, sendo, necessariamente como mandados de otimização e não mandados definitivos.

A importância de proteger de forma mais ampla possível o conteúdo do Direito fundamental é evidente, visto que, quando se amplia o suporte fático, permite-se que mais situações sejam amparadas pelos Direitos fundamentais o que, afinal de contas, é ampliar a proteção daqueles Direitos que consagram, por sua própria natureza, "os valores supremos dos seres humanos e preocupação com a dignidade da pessoa humana" (ROTHEMBURG, 1999, p. 55). Assim, as restrições que se possam dar a esses Direitos fundamentais serão aceitas sempre e somente quando encontrarem fundamento constitucional, ao contrário de uma limitação *a priori* do próprio conteúdo do Direito fundamental, mesmo que esta delimitação seja amparada constitucionalmente.

Note-se que no caso da adoção de um suporte fático restrito não há que se falar de restrição a Direito fundamental diante de uma hipótese não abarcada pelo âmbito de proteção de determinado Direito fundamental, mas sim de não incidência normativa dos Direitos fundamentais sobre determinada conduta.

Veja-se que o problema da amplitude dos direitos fundamentais (suporte fático amplo ou restrito) não é uma questão apenas de eficácia de Direitos fundamentais, em que pese sê-lo primordialmente, mas também é uma questão de dialética e de construção democrática do conteúdo desses Direitos, posto que, quando se pressupõe que determinada conduta não está englobada pela norma de Direito fundamental, então recai apenas sobre o interprete o ônus argumentativo de justificar o recorte do âmbito de proteção.

Por outro lado, quando se amplia o âmbito de proteção, qualquer restrição a este âmbito de proteção deverá passar pelo menos pelo critério de justificação constitucional (externa) deste âmbito de proteção.

A adoção de um suporte fático restrito deixa ao intérprete a definição do âmbito de proteção do Direito fundamental, enquanto que a adoção de um suporte fático amplo remete a um diálogo com o caso concreto, o que permite assegurar em maior ou menor amplitude a eficácia do Direito fundamental. O só fato de exigir ponderação para a definição do âmbito de proteção da norma permite que se estabeleça um diálogo entre o âmbito de proteção e a validade da intervenção estatal ou particular ao Direito fundamental.

De qualquer forma, a percepção de que não há Direito fundamental absoluto é ponto pacífico na concepção adotada neste trabalho. Contudo, a questão passa da adoção de uma concepção ou outra do conteúdo essencial dos Direitos fundamentais para o problema da fundamentação no caso de limitações a Direitos fundamentais, bastando, aparentemente, que o argumento lançado seja constitucional e bem articulado para que seja possível uma limitação ao âmbito de proteção do Direito fundamental.

Como arremate, parece ser ainda importante neste tópico a diferença estabelecida por Alexandrino (2006, p. 472) em relação à ideia de limitação ao âmbito de proteção e a sua diferença para os limites imanentes:

[...] esta mais não é do que a complexa (e problemática) operação de sinalização dos limites intrínsecos, ou, em qualquer caso, diretamente extraídos por interpretação das normas constitucionais, que circunscrevem o objeto do Direito (o bem ou o interesse jusfundamental protegido pela norma) marcando as fronteiras externas;

Neste sentido, a delimitação seria a definição do que a norma estaria tratando, enquanto que os limites seria a determinação do conteúdo da norma, ou seja, a delimitação definiria que a norma constitucional está protegendo a liberdade, os limites dizem qual é o conteúdo desta liberdade e quais limites imanentes ele possui.

A ideia de delimitação parece estar vinculada a uma atividade meramente interpretativa que deve ser considerada diferente da ideia de limites imanentes. Nesta o intérprete racionalmente recorta o âmbito de proteção, retirando aquilo que imagina esta fora da proteção constitucional, é o caso, para citar um exemplo hipotético, da liberdade de ofício, trabalho ou profissão: Retira-se *a priori* da proteção constitucional da liberdade de ofício, trabalho ou proteção o trabalho de vendedor de drogas, por não estar logicamente protegido

pelo âmbito de proteção dos Direitos fundamentais. Esta ideia de limites imanentes é própria da teoria interna.

### 2.2.2 Teorias dos Limites e Restrições dos Direitos Fundamentais

É sobre a ideia de limites e restrição que é construído o presente trabalho. Acima se determinou a diferença e a percepção doutrinária daquilo que se compreende por limite e restrição. Independentemente da aceitação da diferença de conteúdo entre limite e restrição, o mais importante é admitir que os Direitos fundamentais não são absolutos e que, portanto, podem sofrer restrições. Contudo, a premissa não deve afastar a busca por uma teoria de máxima e imediata eficácia dos Direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF/88), porque esse é o paradigma normativo constitucional brasileiro, mais ainda, é necessário que se construa uma teoria que permita controlar os limites impostos aos Direitos fundamentais e, por isso, a construção de uma teoria adaptada à realidade constitucional e social brasileira, passa pela percepção daquilo que se entende teoricamente por limites e restrições a Direitos fundamentais.

Como ponto de partida, é importante enfatizar, como faz Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 25), que, muitas vezes, ocorrem restrições a Direitos fundamentais sem que isso seja efetivamente considerado uma restrição a Direito fundamental, o que ocorre pelas seguintes razões:

- (a) Ou se nega, de antemão, a proteção a uma conduta ou posição jurídica que, isoladamente considerada, deveria ser considerada como protegida; ou
- (b) Embora se considere tal conduta ou posição jurídica como protegida por um Direito fundamental, defende-se que a eventual restrição nessa proteção não decorre de uma real restrição, mas de mera regulamentação no exercício do Direito fundamental em questão.

Essas circunstâncias apontadas pelo professor da USP denotam claramente a incidência de determinadas teorias sobre as restrições a Direitos fundamentais. Trata-se da influência da teoria interna dos Direitos fundamentais (limites imanentes).

É de notar que há diferença entre aceitar as restrições aos Direitos fundamentais e aceitar que determinadas condutas não ocasionam restrições a Direitos fundamentais. A primeira opção garante ao Direito o fundamental, mas aceita que diante de determinadas circunstancias, constitucionalmente previstas, esse Direito encontra limites. Aliás, esses limites são próprios da evolução humana, aquilo que poderia acarretar uma

restrição de fato ao Direito fundamental hoje, pode deixar de sê-lo amanhã, por conta de um progresso civilizatório.

Por outro lado quando se deixa de considerar que determinada conduta está inserida no âmbito de proteção do Direito fundamental não se reconhece sequer o Direito objetivo, quanto mais o Direito subjetivo. Assim, é possível que, dentro de uma ideia de máxima eficácia dos Direitos fundamentais, as restrições que ocorrem aos Direitos fundamentais advenham da própria concepção de que a restrição na verdade é uma conduta que não é alcançada pelo Direito fundamental (está fora do âmbito de proteção da norma de Direito fundamental), ou se considera que mesmo tratando-se de Direito fundamental o que se tem, em verdade, não é uma restrição, mas uma regulamentação ou um amoldamento do Direito fundamental estabelecido *prima facie* (ALEXY, 2011, p. 302), o que, na prática, é semelhante a estabelecer restrições *a priori* aos Direitos fundamentais.

Em reação ao fato de se utilizar o termo regulamentação para escamotear uma restrição, é necessário ficar com Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 26) quando sustenta que:

Ora, se se parte de um modelo de suporte fático amplo, a distinção entre restrição e regulação é mitigada, e toda regulação deve ser considerada, ao mesmo tempo, uma restrição, visto que regular o exercício de um Direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição deve ser considerada, ao mesmo tempo, regulamentação, já que não se restringe Direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles. Com isso, defende-se que toda norma que garante Direitos fundamentais tem algum tipo de limitação quanto a sua eficácia.

É importante dizer que, mesmo que se conceba a ideia de que todo Direito fundamental admite restrição, o que é óbvio, é *condition sine qua non* que qualquer restrição a Direito fundamental seja razoavelmente fundamentada. Essa questão, contudo, joga o problema do âmbito normativo para o âmbito argumentativo. Em tese, é possível encontrar bons argumentos para sustentar a restrição de Direitos fundamentais em quase todas as situações em que seja necessário limitar a eficácia de um Direito fundamental, razão pela qual o argumento para a restrição deve ser no mínimo pautado nas mesmas premissas que justificam a máxima eficácia dos Direitos fundamentais.

Entretanto, a questão sobre os limites e restrições a Direitos fundamentais estão amparados doutrinariamente em duas teses, a teoria interna e a teoria externa dos Direitos fundamentais. A teoria dos princípios de Alexy está atrelada à teoria externa, mesmo

que alguns autores o identifiquem como uma teoria a parte (NOVAIS, 2010, p. 322). A classificação quanto a teoria interna e externa é fundamental para a concepção de limites e restrições nos termos como se discute hodiernamente. Como, bem salienta Freitas (2007, p. 79), “a perquirição acerca dos limites e restrições dos Direitos fundamentais está perpassada pela discussão, que lhe é anterior, relativamente às teorias externa e internado conteúdo de tais Direitos”, para que posteriormente seja possível identificar qual a postura adotada pelo STF na análise dos limites e restrições dos Direitos fundamentais.

#### 2.2.2.1 Teoria dos limites internos

A teoria dos limites internos dos Direitos fundamentais surgiu nos anos sessenta para se contrapor à teoria externa dos Direitos fundamentais e foi desenvolvida inicialmente por Peter Häberle. O autor Alemão desenvolveu uma das principais teses contra a teoria externa, a teoria institucional (NOVAIS, 2010, p 309).

A teoria dos limites internos entende que em relação à eficácia da norma constitucional não existem duas dimensões, o Direito e a sua restrição, mas que a limitação do Direito existe internamente.

Dito de outra forma, quando a Constituição brasileira estabelece que em casos de guerra declarada é possível a pena de morte (art. 5º, XLVII, “a”), para a teoria interna isso não é uma restrição ao Direito fundamental à vida (na sua perspectiva de existência), mas um contorno do próprio Direito à vida, ou seja, o Direito à vida no Brasil compreende a pena de morte em caso de guerra declarada, esse é o seu âmbito de proteção.

É de notar que não há colisão ou restrição de Direitos fundamentais, porque as normas infraconstitucionais e as demais normas constitucionais que tratam da liberdade individual revelam o conteúdo da liberdade individual, ao contrário da teoria externa que as concebe como limitadoras de um exercício pleno da liberdade.

Sendo assim, não há que se falar em restrição a Direito fundamental, pois o que se entende por restrição é, na verdade, a própria definição do âmbito de proteção da norma constitucional, já que o “limite de cada Direito é algo inerente a ele” (SILVA, 2014, p. 128).

É este também o entendimento de Alexy (2011, p. 277):

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da *teoria interna*. Segundo ela, não há duas coisas – o Direito e sua restrição -, mas

apenas uma: o Direito com determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite.

Sobre a questão que se colocou acima, acerca do papel do legislador, se, declaratória ou constitutiva do conteúdo do Direito, é possível agora estabelecer uma ideia mais clara.

Para a teoria interna o papel do legislador é meramente declaratório, visto que o conteúdo do Direito é anterior a atuação legislativa. Sendo assim, o que o legislador faz é exatamente declarar o conteúdo internamente determinado da norma constitucional. Desta forma:

Os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos Direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos Direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo (FREITAS, 2007, p. 79).

Entretanto, mesmo para teoria interna, se a legislação infraconstitucional estabelecer disposições que não foram concebidos pelo âmbito de proteção da norma ou se forem para além das limitações internas já estabelecidas na Constituição, estar-se-á diante de uma norma inconstitucional.

Para além de tais fronteiras, já não há mais que se cogitar de proteção da norma jusfundamental, enquanto no seu interior, isto é, na parte interna do âmbito de proteção da norma demarcado pela sua imanência, qualquer intervenção legislativa corresponde à violação inaceitável do Direito fundamental. O que resta ao legislador ordinário no âmbito dos Direitos fundamentais, em acordo com tal concepção, é conformar seu conteúdo de maneira a extremá-lo dos outros bens e valores constitucionais igual ou superior hierarquia ou violá-los sempre que incursione no interior âmbito de sua imanência. Inexiste aqui, diversidade entre o conteúdo dos Direitos e seis limites imanentes (FREITAS, 2007, p. 79).

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 130), a teoria interna dos limites justifica-se com base em duas teorias, a teoria institucional e a teoria dos limites imanentes do Direito. Não se trata, no entanto, de uma divisão, mas de concepções e teorias diferentes sobre Direitos fundamentais que, por razões diferentes, entendem que há um limite interno aos Direitos fundamentais.

A teoria institucional dos limites internos, desenvolvida por Peter Häberle, surgiu identificando na teoria externa a sua característica essencialmente liberal (NOVAIS, 2010, p 309). A ideia de que a legislação estatal é uma limitação ou restrição à liberdade individual é, segundo a teoria interna, um ranço das teorias liberais do século XVIII, que via o Estado como um empecilho à plena liberdade individual e, por isso, uma teoria inadequada para a nova realidade social da Europa do pós-guerra (NOVAIS, 2010, p. 311).

Como a realidade constitucional não é mais a mesma do século XVIII, o Estado não pode mais ser visto como o inimigo do indivíduo, mas como o responsável por dar a sociedade uma condição de igual liberdade (NOVAIS, 2010, p. 311).

Essencialmente a natureza interna dessa teoria se configura na ideia de que a legislação ou intérprete não são limitadores da liberdade individual, pois, na verdade, a liberdade surge apenas nos termos em que o ordenamento jurídico o concebe, ou seja, o legislador não é inimigo da liberdade individual como se acreditou no Estado liberal de Direito (SILVA, 2014, p. 134)

Neste ponto, essencialmente contrário a ideia de liberdade individual plena e pré-jurídica, a liberdade é concebida na medida em que o ordenamento jurídico a prevê, desde que respeitadas condições mínimas de dignidade.

Aqui também surge a ideia de institucional da teoria (teoria institucional do Direito). A concepção institucional da teoria está calcada em Hariou que desenvolve o conceito de instituição-pessoa e instituição-coisa que, essencialmente, diferenciam-se porque no primeiro “o poder organizado e as manifestações de comunhão interiorizam-se no seio da ideia-diretriz, que, após inicialmente ser objeto da instituição, passa a ser sujeito da pessoa moral”, enquanto que no caso da instituição-coisa “o poder organizado e as manifestações de comunhão desempenham um papel secundário, pois não se interiorizam no seio da ideia-diretriz” (SILVA, 2014, p. 135).

Tomando por base a ideia de instituição-coisa e de ideia-diretriz, sendo os Direitos fundamentais a ideia-diretriz que existe na sociedade e que são por esta sociedade desenvolvido e também definido, os Direitos fundamentais não serão obra da Constituição, mas do legislador, posto que, na instituição-coisa a ideia-diretriz é constituída pela sociedade e não preconcebida pelo Poder organizado e pelas manifestações de comunhão (SILVA, 2014, p. 135). Em outras palavras, os Direitos fundamentais são construídos e concebidos na instituição Estado como uma realidade de determinada sociedade e não uma ideia que é inculcada na sociedade como algo anterior a ela.

Neste sentido, é possível desconstruir a ideia básica do liberalismo moderno de que a liberdade é um Direito natural e, portanto, pré-estatal, onde as intervenções do legislador não fazem mais do que mitigar tal Direito. Assim, “por ser algo interno ao Direito, a liberdade como instituto é criada pela atividade estatal que não a restringe apenas delimita seus contornos e a desenvolve e garante” (SILVA, 2014, p. 137).

Para a teoria interna, baseada em limites imanentes, os Direitos já existem com os seus limites, sendo que tais limites decorrem da própria essência do Direito fundamental.

A teoria dos limites imanentes rechaça a ideia de uma restrição aos Direitos fundamentais como algo externo (restrição = “limites externos”). Entretanto, não concebe, por isso, um Direito que seja absoluto. Os teóricos dos limites imanentes desenvolvem a ideia de limite aos Direitos fundamentais e, como a própria palavra faz pressupor, a imanência desses limites significa que ela é própria do Direito fundamental. Dito de outra forma, para os teóricos dos limites imanentes o limite do Direito fundamental é o seu próprio conteúdo. Neste sentido, os limites imanentes podem ser considerados:

Por um lado, num sentido material, enquanto limites do objeto, para indicar o âmbito ou domínio abrangido do Direito, isto é, para designar os limites que resultam da especificidade do bem jurídico que cada Direito fundamental visa proteger ou da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (a expressão, a imprensa, o domicílio, a fé religiosa, a família, a propriedade, a profissão).

Por outro lado, num sentido jurídico, enquanto limites de conteúdo, para delimitar o conteúdo protegido, na medida em que a proteção constitucional não abranja todas as situações ou modos de exercício pensáveis para cada um dos Direitos designadamente no caso das liberdades (como aconteceria se a Constituição os concedesse aos indivíduos para que deles fizessem uso como bem entendessem) (ANDRADE, 2012, p 271-272).

É importante salientar que os limites imanentes não surgem como um mecanismo que diminui o campo de abrangência do âmbito de proteção da norma jurídica, ao contrário disso, os limites imanentes recortam o âmbito de proteção determinando aquilo que faz parte do âmbito de proteção.

Convém ponderar, como deixa claro Andrade (2012, p. 273), que os limites podem ser expressamente previstos na Constituição, mas também podem estar implícitos, cuja determinação, neste último caso, somente se dará por meio da interpretação.

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 devem ter o mesmo tratamento jurídico.

[...]

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

E a diferença é importante, como veremos melhor, já que, a entender-se que não há conflito, a solução do problema não tem que levar o Direito invocado, porque ele não existe naquela situação.

[...]

Preferimos, por isso, considerar a existência de limites imanes implícitos nos Direitos fundamentais, sempre que (e apenas) se possa afirmar, com segurança e 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 (ANDRADE, 2012, p. 273-274).

Com base nisso é possível encontrar na teoria interna de limites imanes a referência a limites aos Direitos fundamentais estabelecidos através da cláusula da comunidade ou da teoria das limitações horizontais (CANOTILHO, 2003, p. 1281-1282)<sup>22</sup>. É bem verdade que os limites imanes acabam por limitar na origem a inclusão de determinadas condutas no âmbito de proteção da norma, o que impede qualquer possibilidade de sopesamento, visto que o que delimita a eficácia da norma jurídica não é a sua colisão com outros Direitos fundamentais ou a norma infraconstitucional, mas sim a própria definição do que é protegido pela norma jurídica.

Por fim, a doutrina indica como empecilho para se adotar a teoria interna “ o desprezo pelo texto constitucional e a debilitação da efectividade jurídica dos Direitos fundamentais” (ALEXANDRINO, 2006, p.441), além da necessidade de uma ônus argumentativo elevado a fim de justificar a limitação *a priori* dos Direitos fundamentais, o que, mesmo não sendo exclusividade da teoria interna, nesta tem maior realce ante a possibilidade de o interprete manipular argumentativamente os limites que determinam o

<sup>22</sup> Para uma análise mais detida sobre as várias espécies de limites imanes, inclusive com descrição da teoria que as fundamenta, recomenda-se a leitura da obra de Luiz Fernando Calil de Freitas (2007) e de Novais (2010). Calil de Freitas aborda cada uma das referências, como a cláusula da comunidade, direitos tutelados por outros sujeitos, as leis gerais, a ordem pública, o abuso de direito as relações especiais de sujeição e o art. XXIX, n° 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

âmbito de proteção da norma de Direito fundamental, o que, de resto, também se aplica para a teoria do suporte fático restrito (SILVA, 2014, p. 130)

#### 2.2.2.2 Teoria dos limites externos

A teoria externa, como se pode supor, pauta-se pela defesa dos Direitos individuais frente a uma intervenção legislativa, por isso pode-se dizer que tem clara inspiração liberal, visto que vê nos Direitos fundamentais (individuais) um bem jurídico que se opõe ao Estado e que somente excepcionalmente pode sofrer restrições.

Enquanto, na teoria interna, limite e conteúdo do Direito fundamental fazem parte de um conceito único de âmbito de proteção, por estarem imbricados, na teoria externa é possível identificar dois objetos distintos, o Direito e a restrição.

A ideia de restrição, segundo Alexy (2011, p 277), pressupõe a existência do Direito e da sua restrição como grandezas distintas. Como se depreende, existe o Direito sem restrição, a restrição e o Direito restrito (após a incidência da restrição) como figuras jurídicas distintas, essa é a base da teoria externa. Entre o Direito e a restrição há uma relação de restrição (segundo Alexy essa é uma relação especial), ou seja, o Direito sem restrições sofre restrições e dá lugar a um Direito restrito (regra), mas não há entre o Direito e a restrição nenhuma relação necessária, pois, mesmo que o Direito normalmente se apresente restrito, é necessário admitir a hipótese de um Direito irrestrito, visto que, na análise do caso concreto (incluindo as colisões de princípios), verificar-se-ão as possíveis restrições aos Direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 277).

Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de Direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao Direito em si, de conciliar os Direitos de diversos indivíduos, bem como Direitos individuais e interesses coletivos.

Com base nisso, a restrição deve ser excepcional e estabelecida segundo critérios em que as pessoas tenham o controle e a ciência de como e em que ocasiões essas restrições haverá de ocorrer, por isso, a ideia básica da restrição na teoria externa está ligada ao princípio da reserva legal (princípio igualmente de inspiração liberal), pois com base nesse princípio é possível identificar em que ocasião se permitiu a restrição e qual o procedimento para que ela ocorra.

Neste sentido, para a teoria externa somente nos casos expressamente previstos pela Constituição é que será possível uma restrição aos Direitos fundamentais, sendo a possibilidade de restrição a Direitos fundamentais sem reserva legal expressa um ponto ainda controverso. É importante deixar claro que a teoria se chama externa, porque as restrições que podem ocorrer no Direito fundamental são sempre externas ao conteúdo do Direito fundamental, não é o âmbito de proteção que é diminuído com a restrição, mas seu exercício, visto que a restrição é sempre externa ao Direito. Contudo, a concepção liberal da teoria externa não tem condições de se manter no contexto das atuais constituições dos Estados democráticos de Direito, não é mais possível sustentar que a liberdade seja anterior ao Estado e, por isso, não deve sofrer restrições dada a sua dimensão natural.

A adequação às novas realidades constitucionais (constitucionalismo contemporâneo), especialmente em relação à concepção da liberdade individual como Direito exclusivamente de defesa (NOVAIS, 2010, p. 294), fez desencadear na Europa, “um redimensionamento da práxis político-jurídica” na teoria do Estado, que passa a ser democrático de Direito, e na teoria do Direito surge uma nova teoria da norma baseada na normatividade dos princípios, trata-se da teoria dos princípios (STRECK, 2011, p39).

A teoria dos princípios, como se viu alhures, está calcada na distinção entre regras e princípios e, especialmente em relação a estes, apresenta uma perspectiva de norma jurídica que deve ser realizada na melhor medida possível, visto que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2011, p. 90). Convém ressaltar que, se os princípios dependem das possibilidades fáticas e jurídicas, é possível que esse mandado de otimização não se aplique de forma ótima em sua plenitude, mas na medida das possibilidades fáticas e jurídicas que se impõem no caso concreto.

Como dito acima, a teoria dos princípios está pautada na distinção entre as regras e princípios, estabelecendo os Direitos fundamentais sempre com a estrutura de princípios. Os princípios como mandados de otimização têm sua aplicação pautada pelo princípio da proporcionalidade. As regras são mandados definitivos aplicados por meio da subsunção (ALEXY, 2010, p.20).

Em relação aos princípios, devem ser considerados como Direitos *prima facie* o que significa dizer que são Direitos com um conteúdo inicial, mas que, diante de circunstâncias de fato e de Direito, podem sofrer restrições, ocasião em que se deixarão de ser Direitos *prima facie* para se tornarem Direitos definitivos.

Veja-se a estrutura assemelha-se muito à ideia inicial da teoria externa, pois na teoria externa também adota-se a liberdade e a propriedade como bens jurídicos plenos, mas que podem sofrer restrições de normas constitucionais e infraconstitucionais.

A diferença, no entanto, é que para a teoria dos princípios é possível que as restrições aos Direitos fundamentais ocorram por meio de colisões com outros Direitos fundamentais (decorrente da natureza própria das normas princípios), enquanto que na teoria externa o objetivo é limitar a atuação do legislador ordinário e, portanto, está mais voltado para as normas infraconstitucionais.

Quanto a melhor adequação de uma ou de outra teoria para a realidade brasileira, parece adequada a observação de Mendes e de Silva. Segundo ambos os autores a prevalência de uma ou de outra teoria depende do “entendimento sobre os Direitos individuais”. Para aqueles que entendem que Direitos fundamentais são posições jurídicas definitivas a teoria interna é a mais adequada enquanto que para aqueles que entendem que os Direitos fundamentais são mandados de otimização e que estabelecem posições *prima facie* então a teoria externa parece mais adequada (MENDES, 2012, p. 41).

Ainda quanto a comparação entre ambas as teorias, Alexy faz um recorte partindo de outra configuração, mas que deixa bem claro o perfil das teorias acima abordadas:

A polémica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de forma alguma, uma polémica exclusivamente acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões claras. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel do membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna (ALEXY, 2011, p. 278).

Desta forma, como feito na teoria interna, é necessário que se indique aquilo que na doutrina tem sido indicado como pontos que permitem o ataque à teoria externa. Nesse sentido, Andrade enfatiza a inadequação da teoria dos princípios à Constituição portuguesa, crítica que também pode ser estendida à Constituição brasileira, tendo em vista caráter liberal desta teoria, flagrantemente dissociado da realidade mais social das constituições referidas.

Alexandrino (2006, p. 440), por sua vez, esclarece que a “teoria externa teria seu ponto fraco na importância habitualmente concedida ao diferenciado sistema de reservas”, no sentido de que, somente quando há reserva legal, permitem-se restrições, ocorrendo

situações em que o constituinte não estabeleceu reservas, mas que se torna necessário estabelecer limites ao exercício do Direito, ocasião em que a teoria externa, aparentemente, não teria uma resposta adequada aos postulados iniciais da teoria (NOVAIS, 2010, p. 308).

Especificamente em relação à teoria dos princípios que, como dito por Novais (2010, p. 322), não estabelece a questão das restrições a partir delas mesmas, mas a partir da própria natureza da norma jurídica, como regra ou princípio, tem como ponto fraco, no entendimento de Jorge Reis Novais (2010, p. 344), a fragilidade da distinção exatamente dessas duas categorias de normas (regras e princípios) que sustentam toda a teoria dos princípios.

Além disso, Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 144) indica que a doutrina faz várias críticas à teoria externa, as quais aqui serão apenas referenciadas sem que se estabeleça um contraponto.

A primeira crítica relacionada pelo autor diz respeito à aparente contradição lógica da teoria externa (especialmente a teoria dos princípios), baseado no argumento de que, se o Direito é assegurado na sua inteireza, o exercício não pode ser de apenas parte dele, trata-se de crítica direcionada ao caráter *prima facie* dos princípios e o exercício de um Direito restrito por condições de fato e de Direito (SILVA, 2014, p. 144).

A segunda crítica cita uma possível ilusão desonesta que a teoria cria ao citar um Direito que assegura *prima facie*, mas que na prática quase nunca se opera, especialmente por partir quase sempre de um suporte fático amplo, visto que normalmente os Direitos se apresentam para o exercício como Direitos limitados (SILVA, 2014, p. 145).

Ainda, é possível encontrar críticas quanto à racionalidade, especialmente, neste caso, voltada para a teoria dos princípios e mais especificamente ao critério de solução e aplicação dos princípios, o sopesamento. A crítica indica que não há um “critério racional de decidibilidade” (SILVA, 2014, p. 146).

Quanto à segurança jurídica da teoria externa também é possível encontrar críticas que, em alguma medida, também estão ligadas à crítica da ausência de racionalidade do sopesamento. Para parte da doutrina o sopesamento, por não apresentar um critério claro de racionalidade, gera insegurança jurídica, visto que a solução depende, neste sentido, exclusivamente “da subjetividade do juiz” (SILVA, 2014, p. 148).

Quanto ao argumento da inflação judiciária, também utilizado pelos críticos da teoria externa, leva-se em consideração o fato da teoria externa, concebida a partir de um suporte fático amplo, pressupor mais Direitos subjetivos, visto que há uma quantidade imensa

de Direitos que, *prima facie*, são considerados amparados pelo dispositivo de Direito fundamental.

Por fim, sustenta-se ainda, como uma possível consequência da teoria externa, o fato de pressupor direitos irrealis, no sentido de que em uma teoria do suporte fático amplo e com base em Direitos *prima facie* é possível enquadrar no âmbito dos Direitos fundamentais Direitos que são impossíveis de serem por ele resguardado. Essa crítica está na base de sustentação da teoria interna e do suporte fático restrito, visto que, assim como na crítica com base na ilusão desonesta, assegura-se *prima facie* um Direito que não poderá ser exercido sem restrições.

### 2.2.3 Limites aos Limites dos Direitos Fundamentais

Estabelecido o âmbito de proteção e determinadas as teorias, as hipóteses e a forma como se procedem as restrições aos Direitos fundamentais, é necessário ir adiante para sustentar que, diante do papel exercido pelos Direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico (em especial quando concebidos como princípios), mesmo admitindo-se a possibilidade de limites e restrições a Direitos fundamentais, tais restrições devem ser feitas dentro de certos limites e com base em mecanismos que permitam o controle da atuação do legislador ou do intérprete que promove restrições aos Direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 296).

A doutrina denomina os limites às restrições dos Direitos fundamentais de limites dos limites, restrição das restrições ou ainda de limites imanentes, numa concepção diferente, mas com mesma inspiração daquela desenvolvida pela teoria interna dos limites aos Direitos fundamentais (MENDES, 2012, p. 56).

Prefere-se, por uma questão de fidelidade ao marco teórico do presente trabalho, não adotar o termo limites imanentes. Mesmo em casos onde se utilize a expressão “limites dos limites”, deixa-se claro que não se estará aqui fazendo uma adoção pela teoria interna dos limites, mas apenas utilizando-se de expressão corrente e que tem como significado a limitação do legislador e do intérprete da Constituição ao inferir restrições aos Direitos fundamentais.

A teoria dos limites dos limites foi desenvolvida na Alemanha (*Schranken-Schranken*) e tem como principal característica “balizar a atuação do legislador quando restringe Direitos individuais” (MENDES, 2012, p. 56).

Ainda de acordo com Mendes (2012, p. 56)

Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do Direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Parece fazer sentido que, mesmo sendo admitida a restrição a Direitos fundamentais, tais restrições não podem ser de tal modo que simplesmente esgote o Direito fundamental que está constitucionalmente positivado.

Neste sentido, a lição de Sarlet (2007, p. 121):

De outra parte, igualmente consagrado, de há muito, o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos Direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.

O poder de conformação ou de restrição do legislador não pode ir além do texto constitucional, sob pena de subverter a lógica do Estado democrático de Direito, que tem na Constituição o pressuposto de validade formal e material das normas infraconstitucionais (BARROSO, 2011, p. 86-87), especialmente no Estado constitucional brasileiro pós 1988, cuja eficácia imediata das normas constitucionais (art. 5º, §1º da CF/88) afasta peremptoriamente uma necessária intervenção legislativa para a construção do conteúdo do Direito fundamental (NOVAIS, 2010, p. 159).

Essa restrição à intervenção do Poder Público, “*maxime* do legislador” (NOVAIS, 2010, p. 158) na essência do Direito fundamental positivado, quando da imposição de restrições aos Direitos fundamentais, é identificado na doutrina como princípio da proteção ao núcleo essencial ou conteúdo essencial dos Direitos fundamentais<sup>23</sup>.

Conteúdo ou núcleo essencial pode ser entendido nos termos como assinalado por Gilmar Ferreira Mendes (2012, p 61), com base na lição de Klaus Stern, para quem “a proteção do núcleo essencial refere-se ao elemento essencial (*Essentiale*) dos Direitos fundamentais”.

Para Virgílio Afonso da Silva (2014, p 183), o conteúdo essencial dos Direitos fundamentais é um “fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados” decorrentes de “a análise daquilo que é protegido pelas normas de Direitos

---

<sup>23</sup> Autores como Alexy (2011) e, com base neste Virgílio Afonso da Silva (2014) utilizam o termo conteúdo essencial, enquanto que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2012) e, em algumas passagens, o próprio STF (RE 603.583, HC 82.959 e RE 511.961) tem adotado o termo núcleo essencial.

fundamentais” (âmbito de proteção), da “relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições” e, principalmente, de “como fundamentar tanto o que é protegido como as restrições”.

Por um prisma um pouco diferente<sup>24</sup>, mas na intenção de também estabelecer um conceito de núcleo essencial dos Direitos fundamentais deve ser levada em consideração a lição de Sarlet (2007, p. 122):

[...] o conteúdo da dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos Direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa humana em cada Direito fundamental encontra-se imune a restrições.

Do ponto de vista normativo, a Constituição brasileira, diferentemente do que acontece com a Constituição Espanhola, portuguesa e alemã que contemplam expressamente a proteção ao conteúdo essencial dos Direitos fundamentais, não há um dispositivo no mesmo sentido e a sua aplicação é contemplada como mecanismo argumentativo, advindo de um princípio intrínseco aos Direitos fundamentais ou dos limites de emenda à Constituição, previstos no art. 60, §4º, IV da CF/88 que, ao limitar o constituinte reformador, limita também o legislador ordinário (MENDES, 2012, p. 61).

Para autores como Alexy (2011, p. 296)<sup>25</sup>, no entanto, a existência de dispositivo normativo expresso sobre a impossibilidade de restrição de um núcleo essencial dos Direitos fundamentais não passa de mero limite adicional ao princípio da proporcionalidade, visto que o alcance de tais dispositivos, especialmente porque dependerão da percepção de tais dispositivos a partir da teoria absoluta - caráter dispositivo - ou relativo - caráter declaratório - do conteúdo essencial dos Direitos fundamentais.

Do ponto de vista teórico, é possível classificar o conteúdo essencial dos Direitos fundamentais por “dois pares conceituais”: o primeiro par é dividido entre a dimensão objetiva e subjetiva e o segundo é dividido entre teoria absoluta e teoria relativa do conteúdo essencial dos Direitos fundamentais (ALEXY, 2011, P. 296).

Para a concepção do conteúdo essencial a partir de uma dimensão objetiva, leva-se em consideração “o significado desse Direito para a vida social como um todo”

---

<sup>24</sup>Sarlet sustenta que a dignidade da pessoa humana pode servir como limite aos limites dos direitos fundamentais. Mesmo reconhecendo que esta posição encontra ressalvas na doutrina, a teoria é interessante, tanto mais no contexto do direito constitucional brasileiro, onde a dignidade é fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III da CF/88).

<sup>25</sup>Para Alexy especificamente no caso do art. 19, § 2º da Constituição Alemã.

(SILVA, 2014, 185), ou seja, a restrição consiste proibir que a lei retire do Direito fundamental a sua importância para toda a sociedade ou para a maior parte dela.

Importa para a dimensão objetiva não as situações concretas do indivíduo, mas o significado do Direito fundamental para a sociedade, ou, como bem diz Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 185), “trata-se de uma análise acerca do Direito fundamental como um todo, a partir da dimensão como Direito objetivo”.

Por outro lado, para a concepção do núcleo essencial pela dimensão subjetiva, os “Direitos fundamentais são primariamente posições individuais” (ALEXY, 2011, p 297), pois importa o conteúdo do Direito no caso concreto, até porque o esgotamento do núcleo essencial do Direito fundamental, no caso concreto, não significa, necessariamente, o seu esgotamento como Direito objetivo (SILVA, 2014).

Desta forma, enquanto que na dimensão objetiva tem-se a análise da ofensa ao núcleo essencial do Direito fundamental para a coletividade e não para o caso específico do indivíduo, na dimensão subjetiva importa mais a análise do caso concreto, para verificar se naquele caso o núcleo essencial do Direito fundamental foi ofendido. O exemplo pode liquidar as dúvidas: No caso da restrição da liberdade, o núcleo essencial da liberdade é completamente ofendido para o indivíduo recolhido preso, mas não o é para a sociedade. A liberdade de ir e vir, como Direito fundamental, continua imune em seu núcleo essencial mesmo havendo no ordenamento jurídico uma pena privativa de liberdade.

Quanto ao outro par de teorias, dividem-se em conteúdo essencial absoluto e conteúdo essencial relativo. Para os que advogam a tese de um conteúdo essencial absoluto há um limite que impede que o conteúdo essencial seja relativizado de acordo com “urgências e contingências” (SILVA, 2014, p.188).

Nesse sentido, para que o conteúdo essencial dos Direitos fundamentais possa cumprir o papel de verdadeiro limite às restrições legislativas, deve ser considerado com um núcleo cujos “limites externos” formem uma “barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição” (SILVA, 2014, p.188).

A concepção de um conteúdo essencial absoluto (não relativo) não implica que este núcleo seja imutável. As teorias que consideram o conteúdo essencial como algo absoluto debatem ainda o seu caráter estático ou dinâmico, no sentido da capacidade de adequação a “uma realidade cambiante” (SILVA, 2014, p.191), ou seja, o dinamismo do núcleo essencial do Direito fundamental tem a ver com a sua mudança de acordo com novas realidades sociais, mesmo que continue sendo inalterável.

Entretanto, é importante deixar claro que não é todo o Direito fundamental que é absoluto ou relativo, é apenas o seu núcleo essencial é que recebe essa classificação, é possível considerar um núcleo essencial absoluto e estático, mas dinamizar o exercício do Direito fundamental diante de novas realidades sociais.

Neste sentido, o arremate de Virgílio Afonso da Silva (2014, p.191):

Importante é levar em consideração também, no caso de todas as teorias absolutas, o quanto um Direito fundamental é considerado como essencial e o quanto sobra para a conformação ordinária. Sem essa variável, qualquer conclusão pode ser precipitada.

Quanto à teoria do conteúdo essencial relativo à primeira observação a se fazer é a de que não considera que seja possível um núcleo essencial absoluto (dinâmico ou estático), no sentido de que é inadmissível que se ultrapasse as barreiras que delimitam o núcleo essencial dos Direitos fundamentais (teoria absoluta).

Assim, parece incompreensível como pode ser justificável uma teoria que relativize aquilo que o Direito fundamental tem de mais essencial, dando a possibilidade de que se esvazie por completo o Direito fundamental. Entretanto, em que pese parecer contraditória essa posição, há fundamento teórico que sustenta argumentativamente a restrição ao núcleo essencial do Direito fundamental, o argumento está no princípio da proporcionalidade. Por outro lado, não parece ser tão incompreensível assim que se adote uma teoria relativa do núcleo essencial dos Direitos fundamentais, quando a premissa que se coloca é a de que os Direitos fundamentais são mandados de otimização, isso porque se o Direito fundamental não é algo em definitivo, mas algo que deva se realizar na maior medida possível, então é possível que, diante de um caso concreto, o núcleo essencial do Direito tenha de ser menos diante das circunstâncias de fato e de Direito.

Sem adentrar especificamente às diversas peculiaridades da teoria relativa, é possível esclarecer que para esta teoria o núcleo essencial:

[...] depende das condições fáticas e das colisões entre diversos Direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um Direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos Direitos envolvidos em cada caso (SILVA, 2014, p 196)

Como se observa, fica evidente uma opção pela dimensão subjetiva, visto que é no caso concreto que se analisará o conteúdo (essencial) do Direito fundamental. Vale

ressaltar que esse posicionamento faz sentido para a teoria dos princípios e para a argumentação jurídica que a sustenta, posto que há uma remessa da discussão do que é essencial e de como ele se define para a proporcionalidade que ajusta, no caso concreto, as colisões entre Direitos fundamentais e as circunstâncias de fato, já que, sendo proporcional a restrição, não importa que elimine o núcleo essencial do Direito fundamental, posto que a proporcionalidade é a medida da constitucionalidade da restrição e não o núcleo essencial (SILVA, 2014).

Ora, para que seja possível justificar a ofensa ao núcleo essencial dos Direitos fundamentais é necessário que se adote um suporte fático amplo, que as restrições sejam possíveis a partir das premissas da teoria externa e que o Direito fundamental seja um princípio (Direito *prima facie*), pois com base nessas premissas, a validade da restrição ao conteúdo essencial do Direito fundamental dependerá do caso concreto e da proporcionalidade e não mais da concepção abstrata que se tem do núcleo do Direito fundamental.

Diante da teoria relativa pode-se suscitar a possibilidade do esvaziamento de Direitos como o da dignidade da pessoa humana. Acima referenciou-se, com base em Sarlet, a ideia de que a dignidade da pessoa humana pudesse ser o substrato jurídico do núcleo de todo e qualquer Direito. Essa premissa, completamente afastada pela teoria relativa e, em certa medida, podendo ser recepcionada pela teoria absoluta, não deixa de levar em conta que a dignidade da pessoa humana também é um princípio e, como tal, pode sofrer restrições, além, é claro de se levar em consideração que a dignidade da pessoa humana também atua como limitador de outros Direitos fundamentais (SARLET, 2007).

Em relação ainda aos limites dos limites, não há um critério único estabelecido, tanto na doutrina quanto jurisprudencialmente, de quantos ou quais seriam os elementos que compõem tais limites ao legislador. Certo é que o conteúdo essencial, dentre outros limites, tem sido aquele que tem recebido o maior realce quando da análise dos limites aos limites dos Direitos fundamentais.

É possível encontrar no STF votos como o do Ministro Luiz Fux, ao analisar o Recurso extraordinário 603.583, deixando claro que a preservação do núcleo essencial dos Direitos fundamentais é essencial, mas que outros critérios também devem balizar as restrições aos Direitos fundamentais:

Dessa forma, é da própria configuração constitucional da liberdade de ofício a possibilidade de sua restrição, cabendo apontar como parâmetros para essa

limitação, a exemplo do que se dá no constitucionalismo alemão, a (i) reserva de lei, (ii) a observância da proporcionalidade e (iii) a proibição de afronta ao núcleo essencial do Direito fundamental (BRASIL, RE 603.583).

De outra banda, com base na teoria dos princípios de Alexy, há uma restrição às restrições que se estabelece de plano, ou seja, que se impõe pela mera adoção da teoria dos princípios. Trata-se do peso que se atribui ao princípio em colisão, pois a colisão entre princípios é uma forma de restrição dos Direitos fundamentais. Entretanto para que um princípio possa restringir outro princípio é necessário que possua um peso maior do que o outro princípio, o que se pode aferir por meio do sopesamento ou da ponderação:

Uma restrição a um Direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de Direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os Direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (ALEXY, 2011, p. 296).

Esse limite às restrições opostas aos Direitos fundamentais somente pode ser concebida nos limites da teoria dos princípios de Alexy, visto que a partir da teoria dos princípios é que se terá uma dimensão clara do sopesamento dos princípios pautado no peso que tais princípios apresentem na solução do caso concreto.

Por fim, cita-se que é possível encontrar na doutrina referências a elementos caracterizadores de limites aos limites da mais diversa matiz, como a já citada dignidade humana (SARLET, 2007), o princípio do não retrocesso social, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade (FREITAS, 2007), o princípio da reserva de lei restritiva, proibição de restrições casuísticas (MENDES, 2012) e mínimo existencial (SILVA, 2014, p. 205)<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Virgílio Afonso da Silva não defende que o mínimo existencial seja equivalente ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, mas ao tratar do tema evidencia a existência na doutrina de posições que defendem o mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos sociais.

### 3 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após analisar e sedimentar o entendimento de que, dentro da estrutura do Direito constitucional brasileiro, é possível que se operem restrições a Direitos fundamentais sem que isso acarrete ofensa à hierarquia constitucional, deixou-se claro que a imposição de limites e restrições, operada pelo legislador ordinário, também sofre limites. No Brasil, o controle dos limites impostos ao legislador é feito em última ou única instância pelo STF, ante um intrincado sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

É possível perceber, no entanto, que o controle de constitucionalidade das leis é uma característica própria das Constituições do pós-guerra, tornando-se praticamente um “corolário indispensável da superioridade constitucional” em praticamente todo o mundo ocidental (SANCHIS, 2003, p. 155).

Esse controle feito pelo Judiciário deixa transparecer o aparente paradoxo do Estado democrático de Direito, pois, ao mesmo tempo em que retira dos governantes a soberania para fazê-la recair sobre o povo, tolhe dos poderes constituídos (especialmente aqueles eleitos democraticamente pelo povo) qualquer arbítrio sobre os Direitos fundamentais, limitando a sua atuação quase sempre a um juízo de adequação e conformidade com a interpretação que se pode ter da Constituição (FIOVARANTI, 2007).

O aumento da rigidez constitucional, advindo com o controle da constitucionalidade dos atos legislativos, característica própria dos Estados formados após a segunda guerra mundial, transforma a Constituição em uma “norma diretiva fundamental” do Estado, já que é a Constituição que determina o que é hoje e o que será amanhã o Estado, e isso é completamente contrastante com a percepção liberal de Estado que se pautava na legalidade e, com isso, na força do produto e da obra do Poder Legislativo.

Como dito acima, deste embate surge a problemática da legitimidade do Judiciário, não apenas com fulcro no dogma constitucional da separação de poderes, de todo já superado em sua formatação original com Montesquieu, mas principalmente pelo aparente rebaixamento da importância do princípio democrático.

Como bem enfatiza Sanchis (2003, p.137):

Se a democracia constitui um modelo valioso de convivência não é simplesmente porque proporciona uma regra para resolver as disputas políticas, senão porque propicia melhor que outros sistemas o desenvolvimento da autonomia individual, do diálogo, da igualdade e da

participação de toso no assuntos comuns; que é justamente o que historicamente pretenderam impulsar as constituições (tradução livre)<sup>27</sup>.

O controle feito pelo STF acerca dos limites e das restrições operadas pelo legislador traz para o debate um problema ainda maior que tem a ver com a própria estrutura do Estado democrático de Direito. Trata-se da relação entre o princípio democrático e o Estado de Direito (Direitos fundamentais). O problema advém do fato de que a escolha feita pela maioria, através do parlamento e pautada no princípio democrático, pode vir a colidir com normas constitucionais (especialmente normas de Direitos fundamentais).

Essa questão poderia ser simplesmente resolvida pelo critério da validade das normas (Constituição como fundamento de validade), mas torna-se mais complexa quando é a própria Constituição que delega ao legislador a competência para estabelecer limites e restrições aos Direitos fundamentais. Note-se que se está diante de um problema que não se resolve pelo critério da antinomia, visto que não há efetivamente uma antinomia, mas uma atuação legítima do legislador (do ponto de vista formal) que pode ser ora uma restrição a um princípio (Direito *prima facie*), ora uma violação do conteúdo essencial deste mesmo Direito.

Neste ponto a questão se torna muito complexa, sendo necessário deslocar os debates para o âmbito da interpretação constitucional, o que não significa uma solução imune a grandes dificuldades, especialmente quando se está diante de cláusulas que adotam uma considerável abertura semântica, o que acarreta, indubitavelmente, reflexos para a eficácia dos Direitos fundamentais.

Neste sentido a lição de Fernando de Brito Alves e Vladimir Brega Filho (2009, p. 77):

A eficácia dos Direitos fundamentais depende do conteúdo jurídico das expressões e da realização que possam oferecer, disso infere-se que as várias expressões jurídicas elencadas alhures terão consequências diferentes no campo da hermenêutica constitucional.

Ainda sobre a dificuldade de solução de casos de atuação do legislador com expressa autorização constitucional, é de se verificar que o dinamismo do parlamento pode

---

<sup>27</sup> Si la democracia constituye un modelo valioso de convivencia no es simplemente porque proporciona una regla para resolver las disputas políticas, sino porque propicia mejor que otros sistemas el desarrollo de la autonomía individual, del diálogo, de la igualdad de derechos y de la participación de todos em los asuntos comunes; que es justamente lo que históricamente pretendieron impulsa las Constituciones.

dar ao dispositivo constitucional uma adequação mais realista para as novas condições sociais, ou seja, muitas vezes a interação do legislador permite que o Direito fundamental possa albergar novas demandas sociais que na elaboração da Constituição ainda não existiam.

A maior autonomia do legislador remete para o titular do poder estatal (o Povo) o domínio sobre a construção da sociedade - o parlamento faz escolhas que refletem melhor a sociedade de um determinado momento e diante de certas condições históricas, sendo possível sustentar ainda que é no parlamento que se encontram aqueles que são democraticamente eleitos como representantes do povo. Entretanto não se pode esquecer do papel que os Direitos fundamentais cumprem dentro do ordenamento jurídico, tanto mais na sua função de proteção contra o Estado e, conseqüentemente, contra as maiorias parlamentares.

Neste sentido, a lição de Novais (2012, p.18) justifica a problemática aqui apresentada:

Ter um Direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado no princípio da maioria, deve significar, em última análise, que ter um Direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria que governa, mesmo quando esta decide segundo procedimentos democráticos instituídos e dispõe do apoio de uma maioria social.

Como dito, a solução não é simples, mas precisa ser enfrentada e o enfrentamento não pode deixar de lado a premissa, ao menos no Brasil, do Estado democrático de Direito, o que significa dizer, novamente nas palavras de Novais (2012, p. 17), que:

[...] um Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e os Direitos fundamentais desempenham papel essencial.

O debate que pode ser muito mais profundo, importa aqui apenas na medida em que opõe limites e restrições a Direitos fundamentais. Essa questão pode ser analisada pelo viés da colisão de Direitos fundamentais, pois a colisão entre Direitos fundamentais e a sua conseqüente restrição decorre da própria estrutura do ordenamento jurídico pátrio.

### 3.1 Limites dos Limites e Discricionariedade do Poder Judiciário

Como dito acima, o controle sobre a imposição de limites aos Direitos fundamentais é feito no Brasil pelo Poder judiciário, especialmente por meio do controle de constitucionalidade material. Entretanto, a imposição de um controle judicial da validade das normas que impõem restrições a Direitos fundamentais resolve, em partes, o problema da violação dos Direitos fundamentais acarretadas por obra do legislador. Contudo, abre espaço para outro problema, a questão dos limites impostos ao Poder Judiciário na aferição da validade das normas infraconstitucionais.

Trata-se de um problema extremamente complexo, mas que por ora será abordado apenas pelo viés da autonomia do STF na interpretação constitucional, mais do que isso, da discricionariedade que o STF no controle das restrições impostas aos Direitos fundamentais. Vale dizer, é importante compreender com que parâmetros o STF determina que determinado Direito fundamental foi violado ou sofreu apenas restrições.

Como dito, as relações sociais estão cada vez mais complexas, o STF tem sido convidado a resolver problemas como a interrupção da gravidez de feto anencefálico, utilização de células tronco, liberação de biografias não autorizadas, questões que não são mais resolvidas pela simples subsunção do fato à norma, exatamente porque colocam em colisão Direitos que são legítimos, válidos e com amparo constitucional.

O papel do intérprete, então, não pode mais resumir-se a adequar o fato à norma, a lei já não resolve todos os problemas e o juiz necessariamente agora faz parte da construção do Direito especialmente com a normatização dos princípios.

É importante deixar assinalado que a importância de se delimitar o espaço de liberdade interpretativo do juiz constitucional está essencialmente no fato de que, pelo sistema jurídico brasileiro, sua decisão é vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (em casos de controle de constitucionalidade concentrado), mas também porque gera mudanças significativas nas diversas relações jurídicas, inclusive com ofensas a Direitos fundamentais. Neste sentido, uma vez mais a lição de Restrepo (2009, p. 76):

Um uso arbitrário ou ilegítimo, ou se prefere-se “maquiavélico”, da interpretação constitucional, parece implicar uma desnaturalização do ofício dos juízes, não apenas porque causa dano à ordem jurídica estabelecida (ou a ordem habitua das coisas jurídicas), senão porque se faz determinando (traduçãolivre)<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Um uso arbitrário o ilegítimo, o si se prefere ‘maquiavélico’, de la interpretación constitucional, parece implicar una desnaturalización del oficio de los jueces, non sólo porque se causa daño al orden jurídico

A grande questão está em identificar onde estaria esse limite, visto que em algum momento alguém terá de dar uma decisão por último sobre o significado do texto constitucional.

Em relação a isso, o pós-positivismo tem um papel fundamental, pois posiciona-se completamente contrário à concepção de discricionariedade judicial, característica marcante do positivismo jurídico.

É de notar que para o positivismo -inclusive kelseniano- é possível que, na ausência de solução específica para o caso concreto, o juiz atue com autonomia dentro de uma esquadro de limites, ou seja, há uma “delegação do legislador” ao juiz na solução do caso concreto. Para o pós-positivismo não é possível conceber essa discricionariedade ao juiz, sendo necessário um ônus argumentativo, dentro de parâmetros racionais e práticos que justifiquem a solução dada ao caso concreto, tanto mais em casos onde possa haver restrições a Direitos fundamentais.

Nesse ponto, a doutrina de Alexy tem encontrado fundamento na solução através da teoria da argumentação. Assim, a atuação mais ou menos correta do STF estaria vinculada ao melhor argumento lançado para promover restrições a Direitos fundamentais e, neste cenário, surgem os argumentos da proporcionalidade e da ponderação.

A preocupação por estabelecer limites interpretativos ao STF decorre em grande medida das inúmeras possibilidades interpretativas que se há de ter diante de cláusulas gerais, ou de interpretações de fatos para os quais o legislador ainda não estabeleceu uma diretriz normativa.

Neste sentido, enfatizar a ausência de discricionariedade do STF para estabelecer limites às restrições impostas aos Direitos fundamentais não significa permitir toda e qualquer restrição, mas significa permitir que o papel do Judiciário seja mais o de fiscalizar as barreiras entre a violação e a restrição do que de impor à sociedade uma única forma de compreender o conteúdo e a eficácia dos Direitos fundamentais.

### **3.2 STF e as Restrições aos Direitos Fundamentais**

---

estabelecido (o al orden habitual de las cosas jurídicas), sino además porque se hace com determinación.

A análise de julgados do STF objetiva dar um aspecto empírico ao trabalho, a fim de que se encontre, em algumas decisões do Tribunal responsável pela guarda da Constituição, algum aspecto das teorias que foram desenvolvidas no item anterior.

A seleção dos julgados buscou selecionar julgados em que estivesse em análise a restrição de Direitos fundamentais, tentando utilizar-se de condições bem variadas, a fim de encontrar, em mais de uma situação, hipóteses que demonstrassem como o STF vem resolvendo os problemas de restrições a Direitos fundamentais.

Vale ressaltar que os julgados selecionados não representam o posicionamento definitivo do Tribunal, nem poderia sê-lo, visto que o STF julga milhares de processos por ano, sendo vários deles referentes a restrições a Direitos fundamentais, mas permite colocar sob análise da teoria dos princípios alguns julgados do STF, a ponto de permitir uma crítica sobre a utilização de mecanismos argumentativos da teoria dos princípios que não necessariamente adequam-se à referida teoria.

Buscou-se encontrar julgados que tratassem de forma ampla da restrição a direitos fundamentais. Com isso foi possível abordar temas como a restrição de Direitos sociais (moradia), colisão entre princípios constitucionais (dignidade humana), restrições impostas pela conformação do legislador, com e sem reserva legal, além de uma hipótese em que colocasse a prova a própria análise do âmbito de proteção do Direito fundamental (marcha da maconha), sem que haja uma aparente colisão ou conformação, mas apenas o exercício do Direito e a sua tolerância pelo Poder público e, no caso específico da marcha da maconha a relação entre democracia e (como) Direito fundamental.

Com isso, poderá ser verificado em mais de uma ocasião se no STF parte-se de um âmbito de proteção amplo ou restrito e, ainda, se há uma limitação interna ou externa dos Direitos fundamentais, tentando verificar a adoção de um núcleo essencial dos Direitos fundamentais como absoluto ou relativo.

Ressalta-se, no entanto, que como se trata de uma proposição teórica da análise das restrições a Direitos fundamentais, nem sempre estarão presentes estes requisitos de forma clara e disponível para a análise, o que implicará análise de aproximação acerca do que se compreende como ponto de partida nos votos dos ministros do STF.

Vale destacar, por fim, que os julgados foram resumidos apenas ao período após 1988, posto que é voltando os olhos para a atual Constituição brasileira que o presente trabalho pretende contribuir para um estudo da eficácia, cada vez maior, dos Direitos e garantias fundamentais.

### 3.2.1 Exame de DNA e Inviolabilidade do Corpo Humano - Habeas Corpus nº 71373-4

Esta decisão judicial que se traz a lume diz respeito à imposição, por parte do Estado-juiz, e ao arrepio da lei, da condução de determinado indivíduo à realização de exame de DNA a fim de comprovar-se o estado de paternidade.

A questão chegou ao STF por meio do Habeas Corpus nº 71373-4, após ordem de condução “sob vara” para coleta de sangue para fins de exame de DNA em ação de investigação de paternidade que foi confirmada em segunda instância. No STF a relatoria iniciou com o ministro Francisco Rezek e para o acórdão ficou a cargo do Ministro Marco Aurélio Mello. O Habeas Corpus foi julgado procedente por maioria.

Trata-se de Habeas Corpus que colocou em colisão, nas palavras do Ministro Francisco Rezek, o Direito à real identidade da criança e do adolescente e a intangibilidade física do pai.

O Ministro Rezek ainda salienta a inexistência de Direito absoluto, tanto mais o da incolumidade corporal que deve ceder espaço diante de situações como a de interesse público (vacinação). No caso, para o relator, a inviolabilidade do corpo deveria ceder espaço ao Direito da criança de saber, realmente, quem é o seu pai, mais ainda, de que a ofensa a incolumidade corporal é mínima, pois não passaria de uma mera “espetadela”.

O Ministro Ilmar Galvão evoca a conotação de ordem pública do Direito do filho a saber de verdade e não presumidamente, quem é o seu verdadeiro pai, o que afastaria o Direito sobre a incolumidade do corpo, até mesmo porque se tratava de afetação ridícula e movido por motivos egoísticos.

O ministro Marco Aurélio Mello, por sua vez, identificou afronta à dignidade humana (inviolabilidade da intimidade, vida privada a honra e a imagem as pessoas). A divergência se dá inicialmente por não haver consenso sobre aquilo que integra o âmbito de proteção da norma constitucional. A inviolabilidade do corpo pode ser concebida como âmbito de proteção da dignidade humana, como considerou o Ministro Marco Aurélio, e, assim, a inviolabilidade não se justifica por ser uma pequena “espetadela”, mas somente poderá ceder espaço quando argumentativamente tiver de ceder espaço ao âmbito de proteção de outro Direito fundamental.

Com base nisso, o Ministro Carlos Veloso enxergou, no âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, o Direito do filho saber quem é o seu pai biológico (enquanto reflexo no Direito da personalidade). Desta forma, estaria em colisão duas dignidades, a do pai e a do filho.

Para o ministro Marco Aurélio além de ofender a dignidade humana, a solução apontada padecia de fundamento legal (art. 5º, II), sendo necessário que a solução se desse como em outras hipóteses previstas na lei processual, com a presunção da paternidade. O eminente ministro ainda deixa claro que isso não significa dar ao princípio o caráter de absoluto, pois cede em casos de interesse público.

Note-se que, mesmo não tendo sido tratado no acórdão, a eventual colisão entre a dignidade do pai e a dignidade do filho não têm necessariamente que colidir, visto que é da amplitude do âmbito de proteção desse Direito que decorre a colisão.

É de notar, no entanto, que, para alguns ministros, o fato de haver um pequena afronta à incolumidade do corpo (uma simples “espetadela”) não seria capaz de ofender a dignidade do pai. A questão não se resolvia, neste caso, pela existência de restrição à dignidade, mas por ser uma restrição ínfima.

Por outro lado, mais do que incluir no âmbito de proteção a incolumidade do corpo humano, o STF, por maioria de votos, aparentemente adotou uma teoria externa dos limites aos Direitos fundamentais, visto que não negou que a incolumidade do corpo pode ser afetada, mas desde que haja interesses que possam ser justificados.

No caso da dignidade do filho, sustentada por parte dos ministros, é também possível encontrar um reflexo da teoria dos princípios, pois se tal princípio é um mandado de otimização mediante circunstâncias de fato e de Direito, esteve-se diante de uma situação em que assegurou-se a dignidade do filho, mas por conta de circunstâncias factuais e jurídicas, a paternidade se deu apenas por presunção e não pela verdade real, o que diminui, mas não viola a dignidade do filho em saber que é o pai.

Como dito acima, esses precedentes não demonstram o entendimento do STF e nem demonstram de forma cabala a adoção clara por uma teoria interna ou externa dos limites aos Direitos fundamentais. Mais do que isso, servem para demonstrar como tem sido fundamentado situações que colocam em xeque a eficácia de Direitos fundamentais.

É possível encontrar na doutrina, várias outras análises de julgados que indicam posicionamentos com pontos de vista diferentes aos que aqui se apurou. Virgílio Afonso da Silva (2014, p.84) aponta votos ao caso Ellwanger (HC 82424) em que os ministros Moreira Alves e Marco Aurélio adotam um suporte fático restrito em seus votos, ou ainda, no caso da ADI/MC 2566 em que os ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello adotam, aparentemente, um suporte fático irrestrito, absolutivizando a liberdade de manifestação e de imprensa (SILVA, 2014, p 118). Ainda é possível encontrar, também com Virgílio Afonso da Silva (2014, p 118), a menção ao MS 21.729 , em que alguns ministros

partem obviamente de um suporte fático restrito ao estabelecer que determinadas condutas nem sequer fazem parte do âmbito de proteção da norma constitucional, como é o caso do ministro Sepúlveda que nem sequer atribui ao sigilo bancário o *status* de Direito constitucional.

Desta forma, a análise dos julgados teve o condão de trazer algum aspecto empírico ao trabalho, bem como um cotejo das decisões com as teorias aqui desenvolvidas, a fim de desvendar alguma essência a respeito da filiação a uma ou outra teoria sobre as restrições aos Direitos fundamentais, o que nem sempre foi possível ante a ausência de uma abordagem necessariamente didática da restrição imposta ao Direito fundamental.

### 3.2.2 Marcha da Maconha e a Liberdade de Reunião e de Expressão - ADPF 187

O segundo julgado a ser analisado trata expressamente do tema da restrição a Direitos fundamentais na petição de ajuizamento da ADPF 187. Restrição esta proveniente do art. 287 do Código Penal brasileiro que criminaliza a apologia pública de ato criminoso, desde que considerado como crime de apologia pública ao uso de drogas a manifestação conhecida como “marcha da maconha”. A ADPF foi ajuizada no sentido de evitar tal interpretação, liberando as manifestações públicas sobre o tema da liberação do uso da maconha no Brasil.

Trata-se de ação de controle de constitucionalidade proposta a fim de dar interpretação conforme ao art. 287 do Código Penal brasileiro. A ação judicial, ADPF187, indicou como preceito fundamental ofendido a liberdade de reunião e de manifestação, discutindo-se na inicial e no acórdão exatamente qual é o âmbito de proteção das referidas normas constitucionais. A relatoria ficou a cargo do Ministro Celso de Mello.

Preliminarmente, é de notar que, nas informações prestadas pelo Poder Executivo, houve claro posicionamento no sentido de que o Poder Judiciário, ao conhecer tal ação, estaria a usurpar a decisão que foi tomada pelo legislador, em flagrante posicionamento contrário ao substancialismo nos termos como acima se demonstrou.

Antes de analisar os fundamentos dos votos dos ministros que julgaram procedente a ADPF 178, vale ressaltar que, na referida ação, estava em debate exatamente as questões levantadas no item anterior, relativamente ao papel da jurisdição constitucional frente a casos de dispositivos polissêmicos, a questão da decisão da maioria e da proteção das posições minoritárias, visto que se tratava da possibilidade de intervenção estatal nos Direitos fundamentais de liberdade de reunião e de manifestação de pensamento.

É de notar que já no início do voto do relator, o ministro Celso de Mello deixa claro que se trata de ação cujo debate está em torno da liberdade de reunião e da livre manifestação do pensamento. Mais do que isso, o ministro ainda salienta de forma expressa qual é o núcleo essencial dos Direitos fundamentais em análise no caso: “Em cujo núcleo acham-se compreendidos os Direitos de petição, de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de idéias” (BRASIL, ADPF 187).

Portanto, o Ministro relator parte da premissa de que há um núcleo essencial pré-determinado dos referidos Direitos fundamentais e, mesmo não sendo ainda afirmar a filiação à posição de um núcleo absoluto ou relativo, dá a entender que parte de um suporte fático amplo. Contudo, no encerramento do seu voto o ministro lança o seguinte argumento:

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Cabe lembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, “toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (BRASIL, ADPF 187).

Deixando, portanto, transparecer uma tendência à teoria interna dos limites aos Direitos fundamentais.

Vale ressaltar que nos termos como entendido pela teoria dos princípios, as restrições estabelecidas pela Convenção americana sobre Direitos humanos não significam limites iminentes à liberdade de manifestação, mas restrições jurídicas (externas) com fundamento “constitucional”, advindo da coexistência com outros princípios constitucionais, dentre os quais o princípio democrático.

Aqui parece ser possível identificar uma distinção clara entre o suporte fático amplo e a teoria dos limites externos. Adotando-se a teoria do suporte fático amplo, entende-se que toda e qualquer reunião está protegida pelo dispositivo constitucional, mas que pode sofrer restrições por fatores externos ao âmbito de proteção da norma. No caso, o Ministro Celso de Mello deixa claro que as restrições ao Direito de reunião estão na própria Constituição, com a exigência de que seja pacífico e sem armas, e atendendo aos demais preceitos que são estabelecidos pelo próprio dispositivo constitucional.

É neste sentido a afirmação do Relator:

A essencialidade dessa liberdade fundamental, que se exterioriza no Direito de qualquer pessoa reunir-se com terceiros, pacificamente, sem armas, em locais públicos, independentemente de prévia autorização de órgãos ou agentes do Estado (que não se confunde com a determinação constitucional de “prévio aviso à autoridade competente”), revela-se tão significativa que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional sequer admitem que o Poder Público interfira no exercício do Direito de reunião.

Isso significa que o Estado, para respeitar esse Direito fundamental, não pode nem deve inibir o exercício da liberdade de reunião, ou frustrar-lhe os objetivos, ou inviabilizar, com medidas restritivas, a adoção de providências preparatórias e necessárias à sua realização, ou omitir-se no dever de proteger os que a exercem contra aqueles que a ela se opõem, ou, ainda, pretender impor controle oficial sobre o objeto da própria assembleia, passeata ou marcha (BRASIL, ADPF 187).

Vale ressaltar que para o relator da ADPF 187 as restrições aos Direitos fundamentais são aquelas excepcionais e que se aplicam em situação de anormalidade (Estado de sítio e de defesa). Além destes casos, o Relator não vislumbra outras hipóteses de restrição, senão aquelas diretamente estabelecidas pela própria Constituição:

É de ressaltar que, em nosso sistema normativo, o Direito de reunião pode sofrer, excepcionalmente, restrições de ordem jurídica em períodos de crise institucional, desde que utilizados, em caráter extraordinário, os mecanismos constitucionais de defesa do Estado, como o estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, I, “a”) e o estado de sítio (CF, art. 139, IV), que legitimam a utilização, pelo Presidente da República, dos denominados poderes de crise, dentre os quais se situa a faculdade de suspender a própria liberdade de reunião, ainda que exercida em espaços privados.

Em período de normalidade institucional, contudo, essa liberdade fundamental, além de plenamente oponível ao Estado (que nela não pode interferir, sob pena de incriminação de seus agentes e autoridades, consoante prescreve, em norma de tipificação penal, a Lei nº 1.207, de 25/10/1950), também lhe impõe a obrigação de viabilizar a reunião, assim como o dever de respeitar o Direito – que assiste aos organizadores e participantes do encontro – à autônoma deliberação sobre o tipo e o conteúdo da manifestação pública (BRASIL, ADPF 187).

É importante ressaltar que a exordial da referida ADPF trata de ações que impediram a realização das passeatas chamadas “marcha da maconha”, essencialmente com fundamento no art. 287 do Código Penal. A percepção do Direito de reunião e de manifestação de pensamento nesses termos afilia-se perfeitamente à teoria interna, visto que se protege a liberdade de reunião, desde que não seja para fazer apologia ao uso de drogas.

Nestes termos, a discussão sai do âmbito do conteúdo essencial das liberdades de reunião e de manifestação, para a discussão sobre o conceito de apologia, relegando a proteção constitucional aos Direitos fundamentais à mera questão terminológica. Não é este o caso e nem foi este o entendimento do STF.

Neste ponto é necessária uma análise mais vagarosa. Diante de uma premissa de que os Direitos fundamentais são princípios, trata-se, então, de Direitos *prima facie*. Assim, necessariamente deve-se conceber um suporte fático amplo onde todas as condutas, inclusive as ilegais e as imorais, são incluídas. A intervenção estatal, que vem posteriormente (no caso, através da criminalização de manifestação que tenha o condão de fazer apologia ao uso de drogas) para ser válida, deve contar com a proteção constitucional.

Não é o caso, deixa-se isso bem claro, de julgar inconstitucional o dispositivo do art. 287 do Código Penal, mas de verificar se tal criminalização impede a ponto de praticamente extinguir a liberdade de manifestação de pensamento, ou, o que é pior, a liberdade de reunião, visto que é possível fazer apologia sozinho sem que, para isso, se esteja reunido ou em grupo.

Desta forma, diante deste quadro, parece evidente que o art. 287 do Código penal nada tem a ver com a liberdade de reunião, ao menos não a ponto de esvaziar por completo o dispositivo constitucional, que não impõe qualquer requisito de conteúdo para a validade da reunião.

Como enfatizado pelo Ministro Celso de Mello, a reunião é meio (mesmo que não seja necessária sempre) para a liberdade de manifestação, que é fim (primeiro se reúne para depois se manifestar), o que significa dizer que impedir o Direito de reunião é impedir o Direito de manifestação em grupo.

Note-se que se utilizando desta metódica é a questão do fundamento constitucional que evidenciará a possibilidade ou não de intervenção no âmbito de proteção do Direito fundamental da liberdade de reunião e de manifestação, sendo necessário, como já assinalado, verificar se esta intervenção não ataca o núcleo essencial destes Direitos.

Desta forma, a primeira pergunta a ser feita é o que é protegido pelo art. 5º, XVI da CF/88<sup>29</sup> (âmbito de proteção da norma constitucional). A partir da resposta a esta pergunta é que se pode verificar se a criminalização da “apologia de fato criminoso ou de autor de crime” (art. 287 do CP) ataca o âmbito de proteção da norma constitucional e se a compreensão do que é protegido e do alcance do dispositivo infraconstitucional (art. 287 do CP) não tem o condão de violar e não apenas restringir o Direito fundamental de reunião.

No voto do Ministro Luiz Fux, didaticamente alinha as teorias aqui estabelecidas, quanto à determinação da eficácia do Direito fundamental, através do desvendamento do seu âmbito de proteção, imposição de restrições e verificação dos limites às restrições impostas e que, por isso, cita-se *in verbis*

Especialmente quanto à reunião de pessoas para a realização da manifestação ou eventos públicos, a própria norma constitucional – o art. 5º, XVI – delineou os contornos da limitação, que não suscitam, em princípio, maior controvérsia: a reunião deve ser pacífica, sem armas, não deve frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e deve ser

---

<sup>29</sup> “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

previamente comunicada à autoridade competente. A comunicação – que jamais será confundida com pedido de autorização ou licença – deve, por óbvio, declinar dia, horário, local e finalidade do evento, para permitir às autoridades públicas a adoção de medidas que, sem impedir o exercício do Direito, possam racionalizar o uso do espaço público.

No que concerne à liberdade de expressão, por seu turno, a limitação é legal, mas igualmente legítima. O art. 287 do Código Penal estabelece limite ao exercício da liberdade de expressão, baseado na proteção da paz pública, particularmente naquilo que se refere ao impedimento da sua disseminação de prática criminosa, assim definida em juízo de ponderação previamente efetuado pelo legislador. Admissível, portanto, a restrição à liberdade de expressão operada pelo art. 287 do Código Penal, sobretudo porque a lei penal não fere o que, em sede doutrinária, o Min. GILMAR MENDES (MENDES; BRANCO. Ob cit., p. 239 e seguintes), denomina de limites dos limites (Schanken-Schranken). Com efeito, resta preservado o núcleo essencial da liberdade de expressão, que se traduz, in casu, na livre manifestação do pensamento favorável à descriminalização do uso de substância entorpecente, vedando-se apenas o estímulo, a incitação, o incentivo a esse uso (BRASIL, ADPF 187).

Além das restrições diretas e indiretas objetadas de forma correta pelo eminente Ministro, trouxe à lume outra restrição, não tão evidente, mas que decorrer daquilo que acima se chamou de colisão de Direitos fundamentais advindo da amplitude do âmbito de proteção das normas constitucionais, trata-se, no entender do Ministro Luiz Fux, da restrição, quanto à liberdade de reunião e de manifestação, em relação a crianças e adolescentes na manifestação chamada “marcha da maconha”.

O fundamento constitucional estabelecido pelo Ministro Luiz Fux para restringir o Direito de reunião das crianças e adolescentes está no art. 227, VII, 3º da CF/88), o que fez nos seguintes termos:

Por fim, há outra restrição que não pode ser ignorada. A manifestação de pensamento favorável à descriminalização do consumo entorpecentes, cabível no exercício da liberdade de expressão, pressupõe, como já assinalado, a autonomia individual. Diante disso, não é adequado que crianças e adolescentes, cuja autonomia é limitada – ainda que temporariamente –, sejam levados à participação ativa no evento.

O art. 227 da Constituição, com redação conferida pela Emenda Constitucional nº 65/2010, estabelece absoluta prioridade na proteção da criança, do adolescente e do jovem quanto à saúde e à dignidade. O inciso VII do § 3.º do mesmo dispositivo constitucional inclui, na sua proteção especial, a adoção de “programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins” (BRASIL, ADPF 187).

Para o ministro, em que pese a criança e o adolescente ter o Direito de reunião e de manifestação, socorre-lhes um dever Constitucional de proteção do contato com “drogas e afins” o que restringe a liberdade de manifestação e de pensamento. O posicionamento foi questionado pelos demais ministros, mas é importante citar que o Ministro Fux compreendeu a possibilidade de restrições externas a Direitos fundamentais e não simplesmente decotou o âmbito de proteção do Direito fundamental *a priori*, o que é plenamente concebível dentro de um ordenamento jurídico amplo como o brasileiro.

Mesmo não tendo o intuito de comentar cada voto dos ministros em cada um dos julgados que serão aqui analisados, faz-se necessário ressaltar algumas questões que estão atreladas ao presente estudo. É nesse sentido que se cita o voto do Ministro Lewandowski. O referido Ministro ressalta o entendimento de que não há Direitos fundamentais absolutos e, citando Gomes Canotilho, refere-se a três possibilidades de limites aos Direitos fundamentais, aquelas expressamente estabelecidas pela Constituição, aquelas autorizadas pela Constituição e realizadas pelas normas infraconstitucionais e aquelas decorrentes das colisões entre Direitos fundamentais o que deixa perceber uma adesão à teoria dos limites externos.

### 3.2.3 Penhora de Bem de Família e Direito à Moradia - Recurso Extraordinário nº 407.688

O acórdão que ora se passa analisar diz respeito à possibilidade de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação, em face do art. 6º da CF/88. A apenhora do bem de família foi instituída pela lei nº 8009/98, com redação dada pela lei 8245/91. Trata-se de tema já bem conhecido, visto que a decisão do STF foi comentada por vários juristas que se posicionavam a favor ou contra a depender da sua posição mais ou menos liberal do ponto de vista econômico.

A questão chegou até o STF por meio do recurso extraordinário nº 407.688 (controle difuso de constitucionalidade) em face das decisões de primeiro e segundo grau que julgaram procedente o pedido de despejo do locatário e de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação de imóvel. O recurso foi conhecido e desprovido, por maioria, nos termos do voto do relator, Ministro Cesar Peluso.

Ressalte-se que a lei que permite a penhora do bem de família é anterior à emenda constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000 que incluiu no rol dos Direitos fundamentais sociais (art. 6º da CF/88) a moradia, mas a inclusão de penhora do bem do fiador é posterior à emenda constitucional.

Desta forma, restava saber se a presença da moradia como Direito fundamental maculava a referida lei de inconstitucionalidade (originária quanto ao fiador), visto a aparente colisão entre o Direito de moradia e a liberdade de contratar, ou ainda o Direito de propriedade daquele que cobra os alugueres.

Primeiramente, é de notar que, neste caso, trata-se da eficácia de norma constitucional que estabelece Direito social, o que inverte um pouco a lógica da intervenção estatal no âmbito de proteção dos Direitos fundamentais, visto que, neste tipo de norma jurídica, a intervenção estatal é que é obrigatória e não a omissão, como normalmente acontece nos casos de Direitos individuais.

A base do argumento do voto vencedor está na proteção do âmbito de autonomia do legislador quando da sua tarefa de dar concretização ou conformação ao Direito fundamental. Além disso, o Ministro Peluso argumentou ainda que a impossibilidade de penhora dificultaria a contratação de locação, pois os locadores exigiriam garantias muito mais difíceis de serem alcançadas por aqueles que necessitam de um imóvel para a moradia, ou seja, nesta visão a possibilidade de penhora do bem de família do fiador incentiva a locação e não o contrário, como se poderia supor.

A questão da colisão entre Direitos fundamentais foi estabelecida de forma muito clara no voto do Ministro Joaquim Barbosa, para quem o conflito estava entre a liberdade de contratar (autonomia da vontade) e o Direito à moradia, sendo que o caso deveria ser resolvido por ponderação. A ponderação, aliás, também foi utilizada expressamente como critério para a solução nos votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Ellen Gracie e Celso de Mello, mas este último usou a ponderação como argumento em voto contrário ao da maioria.

A questão aqui não é simples. Trata-se de um daqueles casos em que a eventual restrição ao Direito fundamental (entendido como princípio) advém de uma atuação do legislador sem que haja qualquer ordem expressa de conformação ou de restrição estabelecida pela própria Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes salientou, inclusive, que o princípio da autonomia da vontade, de tão essencial, não exige nem positividade, mas, mesmo assim, pode se colocar em rota de colisão com o Direito à moradia, como no caso se verificava.

É de notar que como há norma infraconstitucional, a aparente colisão que se dá entre a regra da penhorabilidade e o Direito de moradia é, na verdade, o resultado de uma ponderação anteriormente feita pelo próprio legislador, entre a autonomia da vontade e a moradia, encontrando como resultado a possibilidade de penhora do bem do fiador.

O papel do STF seria o de verificar se tal sopesamento feito pelo Legislador produziu um resultado que está de acordo com a Constituição Federal e, para tanto, usaria como mecanismo de solução a própria proporcionalidade (partindo-se de uma premissa da teoria dos princípios de Alexy).

Desta forma, se a solução para parte dos ministros se deu com a ponderação, parece fazer mais sentido a adoção, neste caso, de uma teoria externa, em que pese também ser possível a ponderação na teoria interna (NOVAIS, 2010, p. 341).

A diferença, no entanto, é que a ponderação propalada pelos Ministros está colocada dentro de um contexto de colisão entre princípios e não de delimitação do âmbito de proteção da norma, o que permite assegurar uma adesão, neste caso, da teoria dos princípios no modelo adotado por Alexy.

Verifica-se que, nos termos como enunciado acima, quando da abordagem da ponderação, os ministros fizeram questão de deixar claro que a constitucionalidade da penhora do bem de família está condicionada à busca anterior de outras hipóteses de expropriação patrimonial, ou seja, a precedência da liberdade de contratar face ao Direito à moradia se dá nas condições específicas do caso concreto, qual seja, a de que haja contrato e de que não haja outra maneira menos evasiva de garantir o pagamento da locação. Vale ressaltar também que de acordo com a teoria de Alexy, a ponderação ocorre no terceiro subprincípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito) que está ligado à possibilidade jurídica de máxima realização dos princípios.

Desta forma, a solução pareceu adequada ao STF diante de um quadro de ponderação entre o suporte fático do Direito fundamental à moradia e a liberdade de contratar, dito de outra forma, a penhora de bem de família nos casos de fiança de contrato de locação é proporcional ao regime jurídico constitucional brasileiro, na visão do STF.

Neste sentido, dentro das lições teóricas trazidas no trabalho, percebe-se que o STF ao analisar a questão, deu à liberdade de contratar um âmbito de proteção bastante amplo ao permitir a contratação, inclusive, de bem de família, ou seja, para a maioria dos Ministros está contido no âmbito de proteção da liberdade de contratar a possibilidade de contratar e, com isso, correr o risco de perder, até mesmo aquilo que faz parte do mínimo vital do indivíduo e da família, como bem ressaltou o ministro Carlos Brito.

A postura neste ponto não parece equivocada, pois assegura da forma mais ampla possível a liberdade individual, mesmo que implique alguma redução do âmbito de proteção do Direito fundamental à moradia.

Por fim, quanto a este julgado, é necessário enfatizar os enfoques dados pelos votos dos ministros Celso de Mello e Eros Grau. Ambos os ministros partiram de um suporte fático extremamente amplo do Direito à moradia, ao conceber que pertence ao âmbito de proteção do Direito à moradia o acesso igualitário à moradia. Assim, o âmbito de proteção do Direito à moradia protege a igualdade na condição de Direito social.

Desta forma, a cláusula de restrição que estabelece um tratamento não igualitário entre locatário e fiador, quanto à proteção ao Direito fundamental de moradia, não teria fundamento constitucional, ou seja, o fiador pode perder o bem de família, mas o devedor tem o seu bem protegido. Esta desigualdade não encontra, no entender dos ministros, um fundamento constitucional, pois não há condições específicas que justifiquem a desigualdade, razão pela qual davam provimento ao recurso.

Mais amplo ainda foi o alcance dado pelo Ministro Carlos Brito que incluía no âmbito de proteção especial da família (art. 227 da CF/88) o Direito de moradia, retirando do âmbito de proteção da liberdade de contratar, a possibilidade de dar o bem da família em garantia. Esse argumento é daqueles que de tão amplo ofendem o âmbito de proteção de outros Direitos fundamentais.

Contudo, prevaleceu o argumento, mesmo que implicitamente sustentado, de que a penhora do bem de família nem sequer ofende o âmbito de proteção do Direito à moradia, visto que a penhora não afronta o Direito social à moradia, mas sim o Direito de propriedade e que, por isso, é capaz de ser tangenciado pelo legislador ante o dever de cumprir uma função social, cuja reserva a própria Constituição estabelece.

### 3.2.4 Liberdade de Profissão e Exame de Ordem Para Advogados - Recurso Extraordinário nº 603583

O próximo acórdão a ser comentado foi julgado em 2011 e diz respeito à necessidade de exame de ordem para que bacharéis em Direito possam exercer a advocacia. Este julgado vem ao encontro das principais abordagens do presente trabalho, visto que envolve uma liberdade individual e a autorização constitucional para que o legislador ordinário estabeleça certa conformação ao direito fundamental.

O tema chegou ao STF por meio do Recurso extraordinário nº 603583. A relatoria ficou com o Ministro Marco Aurélio Mello. O recurso foi julgado desprovido por unanimidade. O mérito do recurso, como dito, diz respeito à inconstitucionalidade da exigência de exame de ordem para o exercício da advocacia. Além do evidente tema da

liberdade de ofício trabalho e profissão que é Direito fundamental, o caso ainda tinha peculiaridade de que a lei que rege a matéria remeteu à própria Ordem dos Advogados do Brasil – OAB o poder de regulamentar o exame de ordem, fazendo com que a concretude do Direito fundamental não fosse estabelecida pelo legislador, mas por autarquia especial federal.

Antes de abordar o fundamento dos votos propriamente dito, é importante assinalar que se trata de caso clássico sobre o qual foi desenvolvida a teoria externa dos limites aos Direitos fundamentais. Isso porque se trata de um Direito individual que se exerce em sua plenitude, mas que a própria Constituição autorizou ao legislador estabelecer restrições quanto às “qualificações profissionais”.

O dispositivo constitucional pode oportunizar, aliás, várias abordagens, como a questão dos limites impostos ao legislador, analisado pelo STF na representação nº 930 de 1976, ou ainda a plena liberdade de exercício da profissão ante a ausência de norma que regulamente o trabalho, ofício ou profissão, como estabelecido no HC 95.595 de 2010.

Por ora, é necessário voltar para a análise do RE 603583. De acordo com o Ministro relator, a questão nuclear está na análise da possível violação à liberdade de profissão, sendo secundariamente analisada a questão de incompatibilidade entre regras constitucionais, entre o papel da educação superior e a função do exame de ordem, e, por fim, o problema do repasse à OAB da competência para regulamentar o exame de ordem.

Primeiramente, cabe salientar que a solução para o problema da violação à liberdade de profissão foi estabelecida a partir da ideia de proporcionalidade. A proporcionalidade, aliás, foi suscitada pelo próprio recorrente que alegou ser desproporcional a lei para o fim a que esta se propõe, nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello “um problema de adequação”.

Ainda em relação à proporcionalidade, mas ligada ao núcleo essencial, a PGR deu parecer no sentido de que o exame de ordem como previsto ataca o núcleo essencial da liberdade de profissão. Como bem enfatizado pelo Ministro relator, essa alegação tem a ver com o exame da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), que diz respeito, na teoria dos princípios, às condições jurídicas de máxima eficácia do princípio da liberdade de ofício. Assim, o exame da proporcionalidade foi feito quanto à adequação e quanto à proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à adequação e à necessidade, a proibição de excesso foi afastada pelo relator com o argumento de que a exigência do exame de ordem está ligada à reserva constitucional da qualificação profissional, e a realização do exame está adequado a esse fim, ou seja, quem é aprovado no exame de ordem presume-se qualificado para exercer a

advocacia. Por outras palavras, se o exame não é a única forma de verificar a qualificação profissional, a sua exigência não se mostra inadequada a esse fim.

Quanto à necessidade, o relator enfatiza que, para além de um exame entre meio e fim (adequação), este subprincípio exige a análise de meios alternativos para a consecução deste fim, ou seja, a exigência do exame de ordem é a única opção (e a menos gravosa à liberdade de profissão) disponível para mensurar a qualificação profissional do bacharel em Direito? A resposta do ministro vem no sentido de que há uma necessidade e fiscalização prévia da capacidade do profissional, ante o necessário reflexo do exercício da profissão de advogado na sociedade.

Segundo o ministro a liberdade de profissão está vinculada à dignidade da pessoa humana. Escolher e exercer a profissão faz parte do conteúdo essencial da dignidade humana, mas o ministro limita a vinculação entre dignidade da pessoa humana e liberdade de profissão apenas ao papel de limites dos limites na conformação legislativa, sem resumir o conteúdo essencial da liberdade de profissão à dignidade humana.

A proporcionalidade, em sentido estrito, vem no mesmo sentido, sopesando-se a importância da profissão e a necessidade de controle prévio. Neste aspecto também o ministro entendeu ser proporcional a exigência do exame de ordem, posto que o mau profissional pode gerar lesão ao patrimônio individual de seus clientes além de fazer parte do quadro de Tribunais e Conselhos do Poder público que exigem conhecimento técnico apurado dos advogados.

O ministro arremata com o seguinte argumento, característico da teoria dos princípios:

A possibilidade de perigo gerada pela atividade profissional justificará, ou não, a atividade interventiva estatal limitando o acesso à profissão ou o respectivo exercício. Quanto mais ensejadora de risco, maior será o espaço de conformação deferido ao Poder Público. Por contraposição lógica, se não existe risco, é inadmissível qualquer restrição. (BRASIL, RE 603583)

Quanto à alegada ofensa ao núcleo essencial da liberdade de profissão, suscitada pela PGR, pautada na possível formação de uma casta de advogados, visto que é a OAB quem organiza e corrige as provas, o Ministro afastou a alegação, de todo desproporcional, visto que o fato de haver alguma ilegalidade, na elaboração do exame, não implica ofensa ao conteúdo essencial da liberdade de profissão, tanto mais por ser o gabarito e

o edital públicos, além de ser aceito o controle da validade do exame de ordem pelo Judiciário.

As demais questões ressaltadas pelo relator não trazem maior efeito para o trabalho. Em relação aos demais votos, vale salientar o voto, já citado acima, do ministro Luiz Fux, quanto ao problema da restrição a Direitos fundamentais: “Percebe-se, com isso, que a restrição à liberdade fundamental de ofício está presente na lei formal, atendendo-se, portanto, ao limite imanente da reserva de lei” (BRASIL, RE 603583). Assim, o fato de a atuação do legislador não extravasar à reserva legal estabelecida pela norma constitucional legitima a restrição, mesmo que não operada diretamente pelo legislador, mas sim pela OAB em clara delegação legislativa. O ministro Fux ainda faz análise da proporcionalidade da exigência do exame de ordem e capacidade de tal exigência de ofender o conteúdo essencial da liberdade de profissão. Valse ressaltar o recurso à razoabilidade como argumento para manter o exame de ordem.

Vale ressaltar a percepção do Ministro Ayres Brito quanto ao âmbito de proteção do art. 5º, III da CF/88. Segundo o ministro o dispositivo “é uma mescla de liberdade de Direito rigorosamente individual e de preocupação social”, o que significa dizer que qualquer regulamentação ao exercício da advocacia deve levar em consideração essa perspectiva, ou seja, a regulamentação da profissão é também uma exigência social e não apenas uma restrição à liberdade individual.

O ministro Gilmar Mendes, assim como o Ministro Luiz Fux, também estabelece uma metódica de análise da eficácia do Direito fundamental a partir da definição do âmbito de proteção da norma constitucional:

O tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas

[...]

O exercício dos Direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros Direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses Direitos (limitações ou restrições = Schranke oder Eingriff) (BRASIL, RE 603583).

Vale ressaltar que a intervenção do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por ser um dos autores que sustentam a elaboração do presente trabalho, é identificada

diretamente com a abordagem teórica que aqui também se fez, estabelecendo uma análise do âmbito de proteção e determinando a possibilidade de intervenções restritivas como determinantes para a delimitação do suporte fático da norma constitucional.

O ministro adota um âmbito de proteção amplo para a liberdade de profissão, e filia-se à teoria dos limites externos aos Direitos fundamentais, valendo citar que também refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade como limites às restrições impostas pelo legislador.

Neste caso, tratou-se de analisar se a reserva legal estabelecida pelo constituinte foi obedecida pelo legislador ou, se ao contrário, o Poder Legislativo ultrapassou as barreiras da reserva legal. Primeiramente, como já afirmado pelo STF o âmbito de atuação do legislador é exclusivamente voltado para as questões inerentes à qualificação profissional (RP 930), naquilo que doutrinariamente se chama de reserva legal qualificada.

Por segundo, verificado se o legislador esteve adstrito à reserva legal qualificada, partiu-se para a verificação da ofensa ao conteúdo essencial do Direito fundamental a liberdade de ofício ou profissão. Neste sentido, lançou-se mão, uma vez mais do princípio da proporcionalidade, de tudo já sustentada na própria peça de recurso extraordinário, como bem enfatizado pelo Ministro Luiz Fux:

A análise dos dois itens seguintes – a proporcionalidade e a preservação do conteúdo essencial da liberdade profissional – confundem-se com a questão de se a exigência de prévia aprovação no Exame de Ordem para a inscrição na OAB e, por conseguinte, para o exercício da advocacia, se enquadra na previsão constitucional de qualificação profissional a que alude o art. 5º, XIII, da Constituição Federal (BRASIL, RE 603583).

O STF, também neste caso manteve-se mais próximo à teoria externa, especialmente no voto do ministro Gilmar Mendes, deixando transparecer uma proximidade com a teoria do conteúdo essencial relativo, tendo em vista que a alegação, em mais de um voto de que é necessário que o Estado esteja apto a adequar-se a novas realidades sociais, fazendo transparecer também que a adoção ao princípio da proporcionalidade tem sido o mecanismo para apurar se a eventual restrição, no caso concreto, ofende o conteúdo essencial do Direito fundamental.

### 3.2.5 Inafastabilidade do Poder Judiciário e Limites não Expressos do Mandato - Agravo Retido nº 2156

O primeiro caso que se traz para análise não tem, a princípio, qualquer relação com a atuação do legislador infraconstitucional. Trata-se do AR 2156. Na referida ação foram ajuizados embargos de declaração em face da decisão do relator que determinou a juntada de nova procuração e em original para a propositura de ação rescisória. Junto com a ação rescisória juntou-se a procuração, autenticada em cartório, utilizada na ação do processo originário. Os embargos de declaração, por impossíveis contra despacho do relator, foram recebidos como agravos retidos e encaminhados ao pleno.

A relatoria foi da ministra Ellen Gracie que pautou sua decisão em precedentes do STF sobre o tema, especialmente os Agravos Retidos 2239, 2236 e 2100. Na decisão do Agravo retido em comento não se discutiu especificamente a ofensa ao princípio da legalidade e da inafastabilidade do Poder Judiciário, exceto em relação ao voto do Ministro Marco Aurélio Mello, que repetiu o entendimento que havia sustentado nos outros casos semelhantes e que serão abaixo indicados. Entretanto, em última análise, estava em jogo a manutenção da ação rescisória ou a sua extinção, o que coloca em xeque os princípios da inafastabilidade e da legalidade, este último em relação à exigência de conduta que nem a lei e nem a Constituição preveem.

O argumento utilizado pela relatora e seguido pelos demais ministros, exceto o já citado ministro Marco Aurélio Mello, foi essencialmente o de que havia muito tempo da outorga da procuração para o ajuizamento da ação rescisória e que, por isso, era necessário que se determinasse a juntada de procuração original e recente.

A fim de dar maior robustez ao argumento, foi ainda sustentado por outros ministros que não se sabia se a parte ainda estava viva, ante o longo prazo desde a outorga da procuração até o ajuizamento da ação rescisória. Suscitou-se ainda que não custava nada ao procurador fazer juntar nova procuração. O ministro Ayres Brito posicionou-se no sentido de que se tratava de ação autônoma e que, por isso, reclamava nova procuração, e o ministro Cesar Peluso defendeu que o contrato de mandato havia se encerrado com o fim da ação principal. É de assinalar que a procuração não delimitava ação específica para a representação e nem tinha prazo determinado.

Em sua intervenção, o ministro Marco Aurélio Mello defendeu a tese de que, se as partes não haviam estabelecido prazo para a procuração, ela permaneceria vigente

e que não cabia ao Tribunal limitar os poderes que não foram limitados no tempo pelo outorgante e pelo outorgado.

Na análise do caso frente às teorias até aqui estabelecidas, pode-se perceber que os ministros que votaram pelo não provimento do recurso adotaram um suporte fático restrito do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, isso porque não conceberam que o referido princípio poderia proteger *prima facie* o ajuizamento da ação com cópia de procuração autenticada.

Note-se que a intervenção estatal no caso não é legislativa, mas judicial, visto que é o Poder Judiciário que propõe uma intervenção à garantia fundamental de acesso ao Judiciário, mas o fundamento para tal intervenção não é, inicialmente, constitucional.

Do ponto de vista da teoria dos princípios o que se utilizou para limitar o acesso ao Judiciário foi apenas um limite fático e não jurídico, visto que não há qualquer regra jurídica que disponha especificamente sobre o tema. Quanto ao princípio da legalidade, o STF não considerou o teor do art. 5º, II da CF/88 nem como estrita legalidade (submissão ou respeito à lei) e nem como reserva de lei (regulamentação de determinadas matérias) (SILVA, 2010, p.85). Assim, poderia se dizer que o STF, neste caso, adotou um suporte fático restrito e esteve mais próximo da teoria interna dos limites aos Direitos fundamentais, visto que não considerou que no princípio da legalidade pudesse estar inserida a necessidade de se exigir alguma lei regulando a matéria, tanto que nenhum ministro cita qualquer texto normativo como argumento<sup>30</sup>. Também não se entendeu que fizesse parte do âmbito de proteção do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário a possibilidade de ingresso da ação com uma procuração em cópia, mas autenticada, desde que sem objeto específico para o exercício do mandato.

---

<sup>30</sup> No dispositivo do acórdão consta do art. 267, I e 37 do CPC como fundamentos. Note-se que no caso do art. 267, I a extinção é fundada na extinção pelo Juiz e no caso do art. 37 o dispositivo trata da impossibilidade de representação sem mandato, o que dá a entender que o STF compreendeu que a procuração juntada não servia como procuração.

## CONCLUSÃO

A imposição de limites e restrições a Direitos fundamentais é algo inerente à sociedade complexa que se instaurou no pós-guerra. Mais do que isso, é uma exigência de um modelo de Direito que não se resume a soluções *prêt-à-porter* estabelecidas pelo Constituinte ou pelo legislador.

Obviamente que aceitar restrições a Direitos fundamentais, inclusive naquelas ocasiões em que a Constituição não as autorizou expressamente, implica conceber uma Constituição que não se impõe pela força, mas pelo argumento. A restrição à Direito fundamental é sempre possível desde que haja maior proteção a outro Direito fundamental e desde que nenhum Direito fundamental seja resumido a nada, posto que todos possuem um núcleo essencial mínimo.

Mesmo sendo possível estabelecer vários argumentos sobre a possibilidade de restrição a Direitos fundamentais, não se pode esquecer do papel da Constituição dentro do ordenamento jurídico. Mais do que afirmar a supremacia formal e material da Constituição, é necessário que se atribua significado ao seu conteúdo.

Atribuir força normativa à Constituição independe do posicionamento teórico mais voltado ao procedimentalismo ou ao substancialismo. A força normativa da Constituição dá ao sistema uma estrutura lógica e evita que grupos sociais assumam o poder político com questionável legitimidade.

Se não é possível reduzir os Direitos fundamentais àquilo que o legislador entende que seja o seu conteúdo, também não se pode imaginar que na disposição constitucional estejam presentes todas as possibilidades de solução para casos de colisões entre Direitos fundamentais. É necessário que se encontre uma solução para aqueles casos onde a colisão não se dá por equívocos interpretativos ou abuso da elasticidade da norma constitucional, mas por mero desacordo moral, algo inerente a uma sociedade complexa, que vê no Direito o baluarte das soluções para as controvérsias e contradições éticas inerentes à vida em sociedade.

Neste sentido, a teoria dos limites e restrições a Direitos fundamentais volta-se para ao menos três modelos teóricos: a teoria externa, a teoria interna e a teoria dos princípios. Não é possível indicar qual delas é a mais adequada, ou qual é a mais correta para o sistema brasileiro e nem qual é a adotada pelo STF. Todas as teorias apresentam elementos que justificam o seu estudo e a sua permanência nos debates jurídicos.

Tanto é assim, que talvez já seja possível passar a discussão para o próximo ponto, que é o de encontrar os limites ao órgão responsável por estabelecer limites aos limites. Neste ponto, a questão passa para o aspecto eminentemente argumentativo, com base na análise dos argumentos utilizados pelo STF no controle das restrições aos Direitos fundamentais.

É possível encontrar na jurisprudência do STF uma constante referência à proporcionalidade e à ponderação como recursos argumentativos. No entanto, não se pode dizer de forma categórica que a adoção de tais recursos argumentativos implique preferência por uma teoria dos princípios, em que pese o uso da proporcionalidade ser uma decorrência lógica desta teoria.

Além das implicações acerca da adoção de uma ou outra teoria sobre as restrições a Direitos fundamentais, deve-se levar em consideração as implicações de se adotar um âmbito de proteção amplo ou restrito. Questões como a redução da maioria penal e racismo em eventos esportivos podem obter maior ou menor proteção estatal exclusivamente pela adoção de um âmbito de proteção mais ou menos amplo.

No campo dos limites aos limites é necessário voltar os olhos para a diferença entre restrição e violação dos Direitos fundamentais. Aceitar a restrição ao âmbito de proteção de um Direito fundamental é completamente diferente de permitir que se ofenda o conteúdo essencial deste Direito.

A adoção de um núcleo essencial relativo dos Direitos fundamentais implica solução das controvérsias por meio da proporcionalidade, ou seja, o núcleo essencial não é um dado prévio (mesmo que amplo), mas algo que se amolda às condições fáticas e jurídicas, cuja ofensa ou proteção depende muito mais da proporcionalidade do que do caráter prévio que se atribua ao princípio.

Dito isso, é possível afirmar que a adesão a uma metódica das restrições de Direitos fundamentais não evita eventuais abusos, mas permite um controle maior no momento de verificar a validade material da conformação ou da restrição a Direito fundamental e pode ser usado como roteiro de verificação do ato do Poder Legislativo.

Esse roteiro passa pela determinação do âmbito de proteção da norma, pela imposição de limites e restrições aos Direitos fundamentais (intervenção estatal) que somente serão estabelecidos se houver fundamento constitucional. É na verificação do fundamento constitucional que se observa os limites que se impõem às restrições aos Direitos fundamentais (limites dos limites). Este método pode determinar a adoção de um âmbito de

proteção amplo ou restrito, bem como denunciar a adoção de uma teoria interna ou externa dos limites aos Direitos fundamentais, utilizados pelo legislador ou pelo STF.

Neste ponto autores como Habermas atacam fortemente o papel do STF como definidor do conteúdo dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, por entender que em um Estado democrático de Direito não pode ser um Órgão do Poder Judiciário o responsável pela construção do conteúdo dos direitos fundamentais, e sim o debate público acerca de tal conteúdo. As considerações de Habermas são pertinentes do ponto de vista de uma legitimação democrática do Direito, mas as condições ideais para a sua realização parecem estar distantes da condição social e política que se tem no Brasil.

Relativamente à teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, utilizada em alguns julgados pelo STF e aqui usada como marco teórico do trabalho, a restrição ao Direito fundamental está no próprio conceito de princípio como mandado de otimização. Se o princípio depende das condições de fato e de Direito que se impõem diante de um caso concreto, então é possível a restrição, desde que com fundamento constitucional.

Vale ressaltar que, na concepção da teoria dos princípios, parte-se da premissa de princípios como Direito *prima facie*, o que torna necessário adotar um suporte fático amplo, que contemple tudo aquilo (Direitos, garantias posições e bens jurídicos) que é possível se deduzir do dispositivo constitucional. Na teoria dos princípios haverá sempre um Direito *prima facie* e um Direito definitivo, este surgido após a apuração dos limites fáticos e jurídicos impostos para a solução do caso em análise.

Mesmo sendo utilizado como referência em constantes decisões, o STF nem sempre utiliza de forma adequada a teoria dos princípios, pois adota-se a proporcionalidade como mecanismo de solução de controvérsia, mas parte-se de uma suporte fático restrito ou adota-se um conteúdo essencial estático, o que acarreta um vício de argumentação quando utilizada a teoria dos princípios de Alexy.

Por outro lado, é importante deixar claro que há uma vantagem argumentativa em adotar a teoria dos princípios de Alexy: não há exclusão *a priori* da proteção de Direitos fundamentais. A possibilidade de arbitrariedade é reduzida ante uma construção racional e dialética das restrições a Direitos fundamentais.

Entretanto é necessário que se deixe claro que somente é possível conceber princípios como mandados de otimização se houver uma postura argumentativa bem postada na valorização de outros princípios constitucionais e na elevação da força normativa da Constituição.

Por fim, vale dizer que aceitar e defender a eventual restrição de Direitos fundamentais implica compreender o caráter não absoluto de qualquer Direito, mais ainda, significa dar máxima eficácia a todos os Direitos, especialmente em favor de minorias sociais. A restrição não implica perda de Direito, mas adequação a realidades sociais e jurídicas cambiantes e igualmente importantes.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. **Ciência política, Estado e Direito público uma introdução ao Direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Verbatin, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de Direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **De los derechos Fundamentales**. Buenos Aires: Ad hoc, 2010.

\_\_\_\_\_. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. Alicante, p. 37-49, 2002.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Trad. Manuel Atienza. **Revista Doxa**. v. 5, p. 139-151, 1988.

ALEXY, Robert. ; IBAÑEZ, Perfecto Andrés. **Jueces y ponderación argumentativa**. México: UNAM, 2006.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como Direito fundamental: limites, proteção e efetividade. **Argumenta revista jurídica**. Jacarezinho-PR, v. 11, p. 75-94, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição de 1976**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ASSIS, Christiane Costa. Ponderação de direitos fundamentais: Uma crítica discursiva. **Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 34, agosto. 2012

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEATTY, David M.. **A essência do estado de Direito**. São Paulo: VWF Martins Fontes, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís, Renzo Dini. 5 ed. v 1. São Paulo: UnB, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista española de derecho constitucional**, Madrid, n. 59, mayo-agosto. 2000.

BOTELHO, Marcos César. Procedimentalismo em Alexy e o papel da corte constitucional. **Argumenta revista jurídica**. Jacarezinho-PR, v. 10, p. 37-52, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do adolescente.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Retido nº 2156. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615863>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 407.688. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 603583. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2056975>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71373-4. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 1946. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>. Acesso em: 13 NOV. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Dogmática de Direitos fundamentais e Direito privado. *In* SARLETE, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTITUIÇÃO DA ÁFRICA DO SUL. Disponível em:

<<http://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

CONSTITUIÇÃO DA ALEMNHA. Disponível em:  
<[http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\\_\\_Willkommen/Constituicao\\_\\_Hino\\_\\_Bandeira/Constituicao\\_\\_Seite.html](http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html)>. Acesso em: 17 dez. 2014.

CONSTITUIÇÃO DA ARGENTINA. Disponível em:  
<<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>> . Acesso em: 15 dez. 2014.

CONSTITUIÇÃO DA ESPANHA. Disponível em:  
<<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL. Disponível em:  
<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em:  
<<http://www.Direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-Direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELMANN, Willson. **Crítica ao positivismo jurídico princípios, regras e o conceito de Direito**. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2001.

FIOVARANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones**. Trad. Manuel Martines Neira. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade. Estudos de Direito constitucional**. 4 ed. 2 tiragem. Saraiva: São Paulo, 2012.

MACHADO, Ednilson Donisete. **Ativismo judicial**. 1ª reim. São Paulo: Letras jurídicas, 2012.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2011.

\_\_\_\_\_. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

RESTREPO, Gabriel Mora. **Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces teoria de la legitimidade em la argumentacion de las sentencias constitucionales.** Buenos Aires: Marcia Pons, 2009.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Cadernos de Direito constitucional e ciência política.** São Paulo, ano 7, n. 29, p. 55-65, out-dez, 1999.

SANCHIS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos fundamentais.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2 ed. 3 reim. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_, O conteúdo essencial dos Direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado.** nº 4, p. 23-51, 2006.

STREK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Uma abordagem acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). *In* SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. (Org.). **Direitos Fundamentais e Estado constitucional. Estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.