

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS –
FESMPDFT**

IGOR ITAPARY PINHEIRO

**OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: uma proposta à luz do
princípio da proporcionalidade**

Brasília

2007

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS -
FESMPDFT
IGOR ITAPARY PINHEIRO**

**OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: uma proposta à luz do
princípio da proporcionalidade**

IGOR ITAPARY PINHEIRO

**OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: uma proposta à luz do
princípio da proporcionalidade**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão do Curso Ordem Jurídica e
Ministério Público da Fundação Escola
Superior do Ministério Público do Distrito
Federal e Territórios.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet
Branco



Brasília, 2007

Dedico este trabalho à memória do meu avô, mestre e amigo, João Boabaid de Oliveira Itapary, a quem tudo devo e que, mesmo tendo sido privado de tê-lo fisicamente, se encontra mais vivo do que nunca no meu coração, dentro do qual guardo com carinho todas as lindas lembranças e recordações que me deixou. Quanto ao tempo de convívio não me julgo hábil para dizer se foi muito ou pouco, porém, certamente foi mais que suficiente para conquistar o meu amor eterno. A saudade, afirmo com convicção, é tão latente quanto a certeza de que um dia ainda nos reencontraremos em um abraço gostoso e fraterno.

“Não há melhor maneira de exercitar a imaginação do que estudar Direito. Nenhum poeta jamais interpretou a natureza com tanta liberdade quanto um jurista interpreta a verdade”.

Jean Giraudox

RESUMO

O Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana é nota de extrema fundamentalidade, trata não apenas de prever direitos fundamentais, mas também de fornecer meios que os garantam. Dada a complexidade das relações sociais é perfeitamente possível que os direitos fundamentais entrem em reta de colisão entre si ou com outros valores constitucionais, exsurge assim a importância da atividade legislativa voltada para harmonização e composição destes conflitos. Ocorre que as leis, por vezes, se mostram insuficientes ou acabam por amesquinhar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, deve-se reconhecer a ineficácia da técnica de subsunção em matéria de colisão de direitos fundamentais. Logo, é preciso ter como ponto de partida, no caso concreto, a identificação do conteúdo de cada direito fundamental a fim de que possam ser feitas as devidas restrições. Assim é que se limitam determinadas liberdades para que outras sejam preservadas, tudo mediante um processo de análise do princípio da proporcionalidade.

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINIST. PUB. DO DF E TERRITÓRIOS

Palavras-chave: direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, salvaguarda do núcleo essencial, impossibilidade de aplicação da teoria do tudo ou nada, princípios, proporcionalidade, harmonização e unidade das normas constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1. A “FUNDAMENTALIDADE”: COMPREENSÃO DA POSIÇÃO DE RELEVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.2. ENTRE AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS.....	14
1.3. CONCORRÊNCIA E COLISÃO.....	17
1.3.1. <i>Concorrência entre direitos fundamentais</i>	17
1.3.2. <i>Colisão entre direitos fundamentais</i>	19
1.3.2.1. O exemplo do exame de DNA.....	23
1.3.2.2. O exemplo do direito à intimidade <i>versus</i> direito à informação.....	29
1.4. LEI DA COLISÃO.....	37
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES	42
2.1. RESTRIÇÕES DIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS.....	45
2.2. RESTRIÇÕES INDIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS: A EXIGÊNCIA DE LEI.....	48
2.2.1. <i>Restrições amplas ou submetidas à reserva de lei simples</i>	51
2.2.2. <i>Restrições limitadas ou submetidas à reserva de lei qualificada</i>	53
2.3. OS LIMITES IMANENTES.....	55
2.4. O LIMITE DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	58
2.4.1. <i>Estrutura das leis restritivas</i>	59
2.4.1.1. Necessidade de lei e suas implicações.....	59
2.4.1.2. Proibição de excesso e proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	62
3. OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	66
3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES AO <i>DUE PROCESS OF LAW</i> NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	66
3.2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: A PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO.....	71
3.2.1. <i>Os três aspectos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito</i>	76
3.2.1.1. Dever de adequação.....	77
3.2.1.2. Dever de necessidade.....	78
3.2.1.3. A proporcionalidade em sentido estrito.....	80
3.2.1.3.1. A ponderação como técnica de solução dos hard cases: a crise da subsunção.....	81
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tratou de inaugurar uma nova ordem constitucional que inegavelmente tem como fundamento o valor da dignidade da pessoa humana, para tanto assegurou amplo rol de direitos fundamentais, que diga-se, não impedem o reconhecimento de outros que não se incluam nesta catalogação. Entretanto, juntamente com o reconhecimento, a positivação e a evolução que os direitos fundamentais experimentaram ao longo dos tempos vieram um plexo de problemas que intrigam aqueles que se propõem a estudá-los.

Como traço marcante dos Estados Democráticos de Direito, a sistemática dos direitos fundamentais tem como escopo a viabilização da vida em comunidade. Daí, portanto, sob um prisma teórico e abstrato, os direitos fundamentais se relacionam entre si e com demais axiomas constitucionais de forma harmônica.

Ocorre que, a vida em sociedade mostra que não é sempre que a relação acima delineada se mostra mansa e pacífica, seja porque pessoas igualmente titulares de direitos fundamentais os opõem umas perante as outras, seja porque os opõem face ao Poder Público ou, ainda, perante outros valores constitucionalmente assegurados. Esta concepção já deixa transparecer que os referidos direitos não podem – e de fato não o são – absolutos, vez que neste especial é perfeitamente válido o brocardo segundo o qual um determinado direito só pode ser exercido até o limite decorrente do exercício de um direito por outro titular.

Podem surgir, desta maneira, colisões entre os direitos fundamentais. Tais conflitos não podem ser resolvidos pela anulação por completo um determinado direito em detrimento de outro, o que significa dizer que os direitos fundamentais são mandamentos a serem realizados na medida do possível. Estes parâmetros é que devem acompanhar o processo legislativo voltado para a compatibilização entre as liberdades individuais.

Não se pode negar, entretanto, que algumas vezes inexitem atos normativos aptos a resolver a problemática das colisões entre os direitos fundamentais, isto porque nem o legislador tem a obrigação de legislar, nem sua atividade pode ter a pretensão de regular todos os conflitos que podem surgir no seio social. De outro modo, determinados direitos fundamentais tal qual postos na Constituição Federal não possuem a densidade necessária à produção dos efeitos que lhes são próprios, necessitando, pois, de uma complementação legislativa, que nestes casos, se dá com a imposição de limites relativamente a alguns direitos fundamentais possibilitando a realização de outros.

Contudo, se os direitos fundamentais gravitam em torno da concepção do valor da dignidade da pessoa humana, não se pode admitir que os próprios limites não tenham suas respectivas limitações, daí falar-se em limites dos limites dos direitos fundamentais.

Mas é de se perguntar, qual seria o limite dos limites dos direitos fundamentais? Como se chega até ele?

Para o deslinde da questão, cumpre-se de plano, observar, como propõe Robert Alexy, que os direitos fundamentais não são regras, mas sim princípios, o que implica dizer que a eles não se aplica a regra do tudo ou nada, do contrário, são elásticos e, por conseguinte, direitos *prima facie* e se gozam de meio ou menor peso a depender do caso concreto. Dessa forma, pretende-se espancar de plano a “falsa” compreensão que se pode ter, ainda no limiar desta pesquisa, que o presente trabalho seja conclusivo no sentido de afirmar qual direito fundamental deve preponderar quando em conflito com outro.

Como se pretende demonstrar não há como fixar uma regra precisa, fechada e imutável para a solução do conflito dos direitos fundamentais. Do contrário, todas as conclusões daqui extraídas devem ser apreciadas sob o enfoque de cada caso concreto, afinal tudo em matéria de direito fundamental é relativo.

É preciso reconhecer ainda que em cada direito fundamental existe uma essência a ser preservada a fim de que seja garantida uma vida minimamente digna aos cidadãos, o que impede daí que aniquilar uma garantia individual é esvaziar o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana. A salvaguarda do núcleo duro dos direitos fundamentais tem natureza bifronte, pois ao mesmo tempo que garante a existência digna da pessoa humana, também constitui óbice às restrições desproporcionais, constatação esta, que tem como contraponto, a técnica da ponderação de bens e valores.

A solução que se propõe no limiar desta pesquisa é que o critério a ser adotado quando da demarcação de restrições aos de direitos fundamentais seja a proporcionalidade. Dessa forma, o ponto de partida da presente análise será a adoção da teoria dos princípios proposta por Alexy e sobre este viés é que se abordará cada uma das questões ao longo do presente trabalho.

A monografia será apresentada em três capítulos e segue o método da pesquisa bibliográfica, sem prejuízo da análise de algumas decisões judiciais que em muito engrandecem o debate que se pretende travar. A primeira etapa do trabalho visa a estabelecer uma ligação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, bem como a

identificação das hipóteses de colisão, fazendo as respectivas distinções com outros fenômenos semelhantes, mas com elas inconfundíveis.

O segundo capítulo, por seu turno, se volta para o estudo e análise dos limites dos direitos fundamentais, momento em que se conceituará cada uma das modalidades de restrições e se demonstrará, desde então, os requisitos para que se estabeleçam validamente.

Por derradeiro, o último terço da pesquisa consiste em um estudo voltado ao princípio da proporcionalidade, que apesar de não estar previsto de forma expressa, a ordem constitucional o alberga tanto pela sistemática dos direitos fundamentais como também na cláusula do *due process of law*, cujas origens remontam às decisões da Suprema Corte norte-americana. Em seguida, se verificará que a proporcionalidade é composta pela tríade da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Deste modo, se demonstrará que a cláusula da proporcionalidade, que trás em seu bojo, a técnica da ponderação de bens tem especial importância quando se pretende impor limites aos limites dos direitos fundamentais.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. A “fundamentalidade”: compreensão da posição de relevo dos direitos fundamentais

A posição topológica dos direitos fundamentais dentro do texto constitucional já deixa transparecer que gozam de um caráter diferenciado, característica esta que se torna mais robusta ante a determinação no sentido de que tenham eficácia imediata conforme preceitua o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal¹. Não por outra razão que o Ministro e Professor Gilmar Ferreira Mendes aponta para a necessidade de os poderes do Estado velarem pela máxima realização dos direitos fundamentais, os quais ainda têm o condão de vincular seus órgãos².

O reconhecimento e promoção dos direitos fundamentais tem apoio na concepção do constituinte originário no sentido de que seus esforços tiveram como alvo, consoante o preâmbulo da Constituição Federal, a “instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”³. Assim, da confluência de valores tidos como básicos é que surgem os direitos fundamentais como reforço das instituições democráticas – em contraponto daquelas existentes em regimes ditatoriais – vez que operam como limites aos mandos daqueles que detêm o poder⁴. A par disto, os referidos direitos igualmente ganham vulto quando se verifica o liame que os unem ao Estado social consagrado pela ordem constitucional vigente, impondo, desta feita, a garantia ao exercício de liberdades e ao tratamento isonômico como exigência de se assegurar a dignidade da pessoa humana⁵.

Dentro deste contexto, atribuir aos direitos em apreço a condição de serem fundamentais e elevá-los ao *status* de normas formais significa, segundo J.J. Gomes Canotilho, subtrai-los da disponibilidade do legislador ordinário⁶. Com efeito, os direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal encontram-se acobertados pelo manto da

¹ Artigo 5º, § 1º da Constituição Federal. As normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 198.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 72.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73-74.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina 1991, p. 508.

intangibilidade⁷, vale dizer, constituem cláusulas pétreas⁸. A este fenômeno o jurista lusitano denomina de fundamentalidade formal⁹.

Em contraposição, J.J. Gomes Canotilho, no que é seguido por Ingo Sarlet¹⁰, traz a colação o viés material da marca da fundamentalidade. Sob este prisma tal característica consiste no fato de que a Constituição revela opções essenciais acerca dos pilares em que se estruturam o Estado e a sociedade.¹¹ Da conformação dos dois aspectos trazidos acima é possível validamente sustentar que os direitos fundamentais, enquanto marcados por tal condição, são opções políticas feitas em determinado momento e local¹², que pela importância que têm face às pessoas, ficam subtraídos da possibilidade de serem tolhidos pelo poder legislativo. Ou ainda aqueles – direitos – que possam ser-lhes equiparados e, por esta razão, agregam-se à Constituição material, mesmo que não constem da Constituição formal¹³.

Assim, difícil não é aproximar direitos fundamentais como sendo aqueles capazes de revelar o valor da dignidade da pessoa humana, vez que como dito alhures, são opções feitas à luz da posição que se pretende conferir às pessoas. Não obstante, J.J. Gomes Canotilho elabora crítica consubstanciada no fato de que a nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais não poderia estar estampada na dignidade da pessoa humana, vez que há direitos, igualmente ditos fundamentais, que ao menos em princípio não se prestam a proteger o ser humano, mas outros entes¹⁴.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que determinados direitos albergados na Constituição Federal no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, apenas em princípio levam ao intérprete a concluir que não repousam suas origens no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesta linha, Sarlet aduz, em outras palavras, que há direitos fundamentais que não estão diretamente entrelaçados ao princípio da dignidade da pessoa

⁷ No mesmo sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89, nota n. 189.

⁸ Artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos fundamentais.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 509.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 88.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 509-510

¹² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 529.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91.

¹⁴ Apud, MENDES, Gilmar Ferreira ; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 115-116.

humana¹⁵. Cumpre-se notar que o referido autor sustenta que há direitos fundamentais que não repousam, de forma direta, suas raízes da dignidade da pessoa humana, deixando transparecer que até mesmo nestas hipóteses, mas de forma indireta, há sim a referida correlação.

José Afonso da Silva, ao traçar um conceito acerca dos direitos fundamentais, salienta que são princípios norteadores de um pensamento político-ideológico que permeiam determinado ordenamento jurídico e que, no âmbito do direito positivo, se revelam em garantias ligadas à liberdade, dignidade e igualdade de todas as pessoas. Não por outra razão que o aludido jurista sustenta que a fundamentalidade dos direitos em apreço os qualifica como relações sem as quais a vida digna se inviabiliza e que, por este mesmo motivo, a pessoa humana não se realiza sequer minimamente¹⁶.

Nesta mesma linha é o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, para o qual a consagração dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional tem o escopo específico de externar a idéia de “homem”, idéia esta que entende convergir para princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷. Daí também porque os direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal encontram-se acobertados pelo manto da intangibilidade, vale dizer, constituem cláusulas pétreas¹⁸.

Tais considerações não destoam das feitas por Paulo Bonavides que sustenta:

a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana¹⁹.

É justamente sob este prisma que repousam as bases do trabalho que ora se inicia, vale dizer, reconhecer que os direitos fundamentais têm como fundamento o ideal de ser humano²⁰, de modo a garantir a todos indistintamente uma existência digna, e que, por

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 85.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85.

¹⁸ Artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos fundamentais.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562.

²⁰ Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 54-55.

esta mesma razão, pode eventualmente haver colisão entre direitos a serem exercidos por diferentes titulares²¹, conflitos estes que ora são resolvidos por lei, ora, na ausência do elemento normativo – o que Gilmar Ferreira Mendes concebe como os direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal²² –, pelo Judiciário à vista do caso concreto.

1.2. Entre as regras e os princípios

Conquanto não seja uma atividade atual, a abordagem dos traços diferenciadores entre os princípios e regras ganha notável importância quando se pretende defender a existência de limites dos direitos fundamentais. Tal análise se torna ainda mais robusta após ter-se reconhecido, ao menos doutrinariamente, a possibilidade da distinção entre regras e princípios consistir em um critério qualitativo²³.

Contudo, se de um lado, a posição dos direitos fundamentais se sobreleva dentro do seio social – e isto ocorre, segundo Bobbio, a partir do momento em que se constata que a relação que se estabelece entre cidadão e Estado deve ter como ponto de partida o reconhecimento de direitos àquele e deveres a este e não o inverso²⁴ – de outro, tal elevação se deu por luta e obra do homem ao longo dos tempos. Neste sentido, o homem em sua insaciável sede de ampliar suas liberdades acaba por dominar – ou ao menos investir – contra as liberdades conferidas a seus próprios pares²⁵.

Assim é que Vieira de Andrade sustenta que limitados são os direitos fundamentais, posto que desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão se têm como baliza a necessidade de garantir aos demais os mesmos direitos. De igual modo, sustenta que a Constituição exige que tais direitos se coadunem com outros preceitos igualmente – a exemplo da segurança pública e da existência do meio ambiente equilibrado – nela estampados de modo a viabilizar a vida em sociedade²⁶.

²¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 134-135.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 40.

²³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. n.1, 2003, p. 607-630.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 04.

²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 131.

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 212/213.

Justamente levando em conta tais considerações é que se traça, com apoio em Robert Alexy²⁷ e Ronald Dworkin²⁸, a diferença entre as regras e princípios. Como salientado, os direitos fundamentais são passíveis de limitações. A guisa de exemplo pode-se validamente citar o disposto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal²⁹.

Logo, o reconhecimento de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações tem como pressuposto a noção de que existem direitos e igualmente as restrições³⁰. Daí, portanto, que a questão relativa às restrições a direitos fundamentais suscita duas teorias, a saber; a teoria externa e a interna³¹.

Da teoria externa extrai-se que a restrição e o direito fundamental são elementos distintos³² que, contudo, se relacionam – segundo Alexy – quando surge a necessidade de tornar compatível direitos fundamentais de vários indivíduos ou, ainda, com bens coletivamente considerados³³. Adversamente, para a teoria interna a questão é posta em termos pelo reconhecimento do conteúdo do direito fundamental que já se encontra limitado pela sua respectiva restrição, daí dizer que não encerram categorias estanques³⁴.

Como bem adverte Gilmar Ferreira Mendes, a adoção de tal ou qual teoria aponta para o entendimento dado aos direitos fundamentais, isto porque, se forem concebidos como regras, inviável a adoção da teoria externa, adversamente, se tida como correta a teoria externa, impossível tê-los como regras³⁵.

Posto isto, observa-se que é pressuposto lógico do reconhecimento de que direitos fundamentais podem ser objeto de restrição compreende-los como princípios, ou seja, é preciso reconhecer que não se tratam de normas que ou são aplicadas ou não são. Contrariamente, os direitos fundamentais são compostos de preceitos de otimização que

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 82-92.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. 2. ed. Trad. Maria Gustavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 72-80.

²⁹ Artigo 5º, XIII da Constituição Federal. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 268.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 268.

³² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 122.

³³ Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 224.

³⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 122.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 225.

podem ter seu comando realizado em maior ou menor extensão³⁶, a depender das condições reais e jurídicas³⁷, fixando-se para tanto, um aspecto temporal e geográfico. É dizer em outras palavras que os princípios são flexíveis, podendo serem aplicados em maior ou menor extensão dentro de uma perspectiva de viabilidade e, portanto, exigem a realização de algo da melhor maneira possível³⁸.

As regras, por seu turno, são espécies do gênero normas que ou são aplicáveis ao caso concreto ou não, proibindo, exigindo ou permitindo algo³⁹. Daí decorre que o conflito na eventual hipótese de se encontrarem em linha de tensão – sugerindo soluções opostas – é solucionado por um critério de validade, ou seja, uma delas deve ser alijada do ordenamento jurídico⁴⁰.

Convém ressaltar por fim que a teoria dos princípios em matéria de direitos fundamentais aqui adotada, não exclui nem desconhece o valor axiológico destes. Neste sentido é que Robert Alexy, ao propor a teoria dos princípios não descarta a teoria dos valores⁴¹ – segundo a qual, consoante entendimento de Ernst-Wolfgang Böckenförde, a decisão da colisão ente direitos fundamentais seria legitimada a partir do reconhecimento de uma hierarquia de valores⁴² – que tem como escopo promover o ressurgimento do valor axiológico dos princípios⁴³.

Com efeito, a própria Constituição Federal trás consigo várias hipóteses em que restrições a direitos fundamentais estão autorizadas⁴⁴, restrições estas que ora decorrem de forma imediata do próprio texto constitucional, ora por ele são autorizadas e levadas a efeito por ato legislativo infraconstitucional⁴⁵. Neste diapasão é que o jurista e emérito professor da Universidade de Coimbra Vieira de Andrade, ao comentar acerca da intervenção

³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 174.

³⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 26.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1215.

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1215.

⁴⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 158.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 138.

⁴² Apud STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 110.

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 25.

⁴⁴ MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24/25.

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 613/616.

legislativa na matéria dos direitos, liberdades e garantias aduz que as normas constitucionais, por vezes, não gozam da fluidez necessária a garantir o postulado da segurança jurídica, daí por que há casos em que a ingerência do Poder Legislativo se verifica com a restrição de determinados preceitos a fim de viabilizar a realização de outros, mas o poder de restrição não é absoluto⁴⁶.

1.3. Concorrência e colisão

1.3.1. *Concorrência entre direitos fundamentais*

O fenómeno da concorrência de direitos fundamentais, que não se assemelha com a colisão – que será tratada posteriormente com a merecida atenção – ocorre quando o mesmo comportamento de determinado titular perfaz os pressupostos de mais um de um direito fundamental⁴⁷.

Em verdade, a problemática que gravita em torno da concorrência de direitos fundamentais impõe ao intérprete saber qual das normas reveladoras destes direitos deve ser aplicada a determinado caso concreto, pois a mesma situação se subsume a esfera de proteção de mais de um direito fundamental⁴⁸.

Consoante entendimento de J. J. Gomes Canotilho várias são as possibilidades de concorrência. A primeira delas se verifica quando uma mesma situação encontra abrigo no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias, isto porque “o conteúdo destes direitos tem, em certa medida e em certos setores limitados, uma cobertura normativa igual”⁴⁹.

De igual modo, existe ainda a concorrência que se qualifica pelo somatório de direitos⁵⁰, é dizer, um determinado bem jurídico faz com que se acumule, na mesma pessoa, vários direitos fundamentais, exemplificando:

a participação na vida pública é erigida pela CRP em instrumento de consolidação do regime democrático (cfr. Art. 112). Para se obter uma eficaz proteção deste bem constitucional, é necessário acumular no

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 224/232.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1229.

⁴⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 111.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1227.

⁵⁰ Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica constitucional e teoria da constituição: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, Brasília Jurídica, 2005, p. 109.

cidadão vários direitos que vão desde o direito geral de tomar parte na vida pública e na direção dos assuntos políticos do país (art. 48) até ao direito de sufrágio (art. 49), passando pela liberdade partidária (art. 51), o direito de esclarecimento e informação sobre os atos do estado e gestão de assuntos públicos (art. 48/2), o direito de petição e ação popular (art. 52) e o direito de reunião e manifestação (art. 45)⁵¹.

Assim, com o fito de determinar qual dos direitos concorrentes entre si deve prevalecer e, portanto, servir de fundamento para a atividade decisória deve-se atentar para o fato de que a norma mais específica deve ter preponderância sobre a mais genérica⁵², nada mais significa do que aplicar a regra geral segundo a qual o direito mais específico goza de primazia sobre o que lhe é geral⁵³. Daí porque a liberdade de escolha profissional tem fundamento no artigo 5º, XIII da Constituição Federal⁵⁴ e não liberdade geral prevista no artigo 5º, II⁵⁵.

Contudo, quando a concorrência se der entre direitos fundamentais igualmente específicos – autêntica concorrência⁵⁶ – o legislador deve observar os preceitos da norma de maior peso e agir de tal modo que a restrição se alinhe com aquilo a que o direito confere proteção mais ampla⁵⁷.

Nesta linha, Gilmar Ferreira Mendes assevera que:

é o que pode ocorrer, v.g., entre a liberdade de comunicação (art. 5º, IX) e a liberdade de exercício profissional de um redator de jornal. Assim, se se pretende regular o direito profissional do jornalista, no âmbito de uma lei de imprensa, deve o legislador ater-se não apenas ao dispositivo que protege a liberdade profissional, mas também e,

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1228.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1228.

⁵³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 110.

⁵⁴ Artigo, 5º, XIII, da Constituição Federal. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

⁵⁵ Artigo, 5º, II, da Constituição Federal. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁵⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 312.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 312.

sobretudo, àquele que trata especificamente da liberdade de imprensa⁵⁸.

Não obstante, conquanto se verifique que determinada conduta tem amparo em múltiplos direitos individuais que não possuam entre si o mesmo nível de especificidade, a questão deve ser posta em termos atribuindo-lhe proteção com fundamento em ambos direitos. Não por outra razão que Gilmar Mendes sustenta que

a procissão a céu aberto está protegida tanto pela liberdade de crença e culto (CF, art. 5º, VI) quanto pela liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI)⁵⁹.

1.3.2. Colisão entre direitos fundamentais

Noutro giro, a colisão de direitos fundamentais resulta do fato de que estes direitos possuem, no mais das vezes, conteúdo aberto⁶⁰ e, inevitavelmente, em determinadas ocasiões se prestam a proteger, em linha de contradição, bens e valores simultaneamente, é dizer, o âmago de proteção de determinado direito é constitucionalmente protegido de modo a intersectar o de outro ou, ainda, de colidir com uma norma ou princípio constitucional⁶¹.

De plano deve-se atentar para as considerações de Edilson Pereira de Farias com fundamento em Canotilho e Vital Moreira, segundo o qual há casos em que não existe colisão propriamente de direitos fundamentais, senão apenas um conflito aparente, isto porque é necessário

[...] determinar o *tatbestand* (âmbito de proteção dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitucional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão, porquanto essa primeira etapa exclui de logo a hipótese de colisão, sendo esta apenas aparente⁶².

Eis, portanto, a importância de se deixar sempre bem fincado o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, vez que há questões que são apenas aparentemente

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 312.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106-107.

⁶⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 93.

⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina: 1987, p. 220.

⁶² FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 96-97.

conflituosas⁶³. Daí afirmar-se que há determinadas formas de exercícios de direitos que não são constitucionalmente protegidas, razão pela qual não pode prosperar que determinado sujeito invoque o direito de liberdade para tornar legítima a morte de um ator em meio a exposição teatral⁶⁴, ou ainda, que alguém se valha da liberdade científica para investir contra o patrimônio de outrem⁶⁵.

Uma tipologia dos direitos fundamentais é ponto de partida para otimização da compreensão e sistematização do fenômeno da colisão dos direitos fundamentais⁶⁶. Neste diapasão, analisando a questão sob o enfoque da titularidade dos direitos fundamentais é possível conceber uma autêntica colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito por um titular colidir com o exercício de um outro direito fundamental por parte de outro⁶⁷. Cumpre-se esclarecer, neste particular, que a colisão autêntica não encerra uma acumulação – cruzamento – de direitos fundamentais tal qual acontece com a concorrência, ao contrário, reflete um choque⁶⁸, ou nas lições de Robert Alexy, um verdadeiro campo de tensão⁶⁹.

De outro modo, quando vista sob o espectro dos bens constitucionalmente protegidos a colisão de direitos fundamentais pode ser qualificada como imprópria na hipótese em que o exercício de um destes – direitos – atritar com aqueles – bens protegidos pela Constituição⁷⁰. Estes bens jurídicos aos quais se alude não são quaisquer bens, e preciso, pois que gozem de proteção jurídica e seja constitucionalmente garantido. Portanto, consoante entendimento de Canotilho,

[...] quando se fala em bens como saúde pública, patrimônio cultural, defesa nacional, integridade territorial, família, alude-se a bens jurídicos constitucionalmente recebidos e não a quaisquer outros bens localizados numa pré-positiva ordem de valores. Os bens jurídicos de

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

⁶⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 216-217.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 280.

⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1229.

⁶⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 111.

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1229.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 91.

⁷⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 111.

valor comunitário, não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o caráter de bens da comunidade⁷¹.

Gilmar Ferreira Mendes, tal como Alexy⁷², propõe seja a colisão de direitos fundamentais classificada em duas grandes classes, quais sejam, as colisões em sentido estrito – nada mais é do que aquilo que se mencionou acima como colisão autêntica –, ou seja, colisão entre direitos fundamentais entre si e colisões sentido amplo – semelhante ao que se denominou acima como colisão imprópria – estas caracterizadas apenas quando envolvam direitos fundamentais e demais valores que gozem de proteção na qualidade de interesse comunitário⁷³.

Superada a questão relativa a colisão aparente, a efetiva colisão entre direitos fundamentais se revela quando o âmbito de proteção de um direito individual molesta o âmbito de proteção de um outro direito individual⁷⁴. Neste especial, cumpre-se retomar a idéia de colisão dos direitos fundamentais, vez que o deslinde da questão proposta por esta pesquisa amolda-se àquilo que ora se chama de colisão efetiva.

Robert Alexy propõe que sejam quatro tipos de colisões entre direitos fundamentais entre si. A primeira destas modalidades consiste na hipótese em que, em ambos os lados, o mesmo direito fundamental enquanto direito de defesa liberal está sendo afetado⁷⁵, o que se pode verificar na hipótese em que dois grupos de manifestantes estiverem protestando calorosamente, no mesmo local e no mesmo momento, cada qual erguendo com vigor a flâmula de suas ideologias. Inegável, portanto, a possibilidade de choque.

A segunda espécie apontada por Alexy consiste nas ocasiões em que estiver de um lado o titular de um direito fundamental concebido enquanto direito de defesa liberal e, de outro, outro titular deste mesmo direito enquanto direito de proteção. É o que ocorre

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1230.

⁷² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 280.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 77.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79.

quando se atira no refém para garantir seja cessado o cárcere privado e, deste modo, salvaguardar a integridade da vítima⁷⁶.

A terceira modalidade de direitos fundamentais idênticos importa o reconhecimento de que há direitos fundamentais que possuem um viés positivo e um outro negativo. Sendo assim, pode-se validamente optar por professar determinada crença religiosa, mas pode-se optar por não professar alguma sequer, ou até mesmo, não ser obrigado por imposição a ter orientação religiosa voltada para tal ou qual credo⁷⁷. É ainda a hipótese em que se reconhece que alguém – qualquer pessoa – que se julgue titular de uma situação jurídica tem a possibilidade de se voltar ao Poder Judiciário e postular a devida proteção, contudo, caso não o queira, pode optar por não fazê-lo⁷⁸. É ainda o que ocorre quando alguém vítima de uma ofensa à sua honra opta por não exercer o direito fundamental de resposta proporcional ao agravo que lhe confere a Constituição Federal⁷⁹.

A propósito, Alexy exemplifica a questão quando a Corte Constitucional alemã foi chamada a decidir acerca de aposição de crucifixos em escolas públicas, vez que se levantou o direito dos não-cristãos de não serem obrigados a estudar sob os olhares atentos da cruz acima de suas cabeças. Por ocasião do julgamento ficou assentado que a tensão entre o direito negativo dos não-cristãos e o direito positivo dos cristãos seria resolvida em favor da neutralidade religiosa em logradouros públicos⁸⁰.

Há ainda a colisão entre o aspecto jurídico e fático de um direito fundamental, surgindo, desta feita os debates que gravitam ao redor do direito de igualdade⁸¹, notadamente, naquelas ocasiões atualmente chamadas de ações afirmativas, que inegavelmente têm como escopo aproximar os desiguais, levando-se em consideração a exata medida de suas desigualdades. Adversamente, na colisão de direitos fundamentais diversos é

⁷⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79. Cf., também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 282.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79.

⁷⁸ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷⁹ Artigo 5º, V, da Constituição Federal. É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79.

⁸¹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79.

que repousa a tensão que se estabelece entre a liberdade de manifestação de pensamento, de opinião, de imprensa, de um lado, e, de outro, o direito à vida privada⁸².

Já as colisões em sentido amplo – semelhante ao que se denominou acima como colisão imprópria – são caracterizadas apenas quando envolvem direitos fundamentais e demais valores que também gozem de proteção de interesse comunitário⁸³, a exemplo do que ocorre, segundo André Ruffino do Vale,

quando entram em confronto o direito de liberdade (livre iniciativa) dos fabricantes de cigarro com o bem constitucional saúde, de interesse público, de consumidores ou não. Ou, também, quando se contradizem direitos de liberdade (liberdade de expressão e manifestação do pensamento) de artistas que compõem músicas com apologia às drogas, e o bem constitucional saúde, englobado pela dignidade humana. Ou, ainda, o embate entre o direito de liberdade (livre iniciativa) das empresas de celulose e o interesse social na proteção ao meio ambiente⁸⁴.

1.3.2.1. O exemplo do exame de DNA

Não raras vezes as questões envolvendo colisão entre direitos fundamentais chegam aos pretórios. Questão interessante e que causa enorme repercussão tanto no meio jurídico quanto na coletividade envolve a (i)legitimidade do provimento jurisdicional que determina o exame e confronto de material genético – exame de DNA – mesmo quando um dos examinados se nega ao oferecimento voluntário. É, em palavras, averiguar a possibilidade de alguém poder ser compelido judicialmente, à conta de sua recusa, a se submeter a determinada perícia consistente em exame hematológico.

Cumpre-se notar que com os avanços da medicina o exame de DNA passou a refletir grandes impactos nas demandas que tenham como escopo o reconhecimento da paternidade, isto porque é possível precisar a existência ou não de tal vínculo com não menos que 99,99% de certeza. De outro modo, em que pese a complexidade e precisão, o exame

⁸² FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 94 e seguintes. Cf., também, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 282.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 280.

⁸⁴ VALE, André Ruffino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 179.

pode ser feito com poucas miligramas de sangue ou com poucos fios de cabelo e está à disposição a cada dia que passa por um custo mais baixo⁸⁵

A propósito, a questão foi trazida a lume quando do julgamento da Questão de Ordem na Reclamação – Rcl.QO 2040/DF, da relatoria do eminente Ministro Néri da Silveira, quando tratou-se do episódio amplamente divulgado pelos meios de comunicação consistente na apuração de eventual envolvimento de servidores do Departamento da Polícia Federal, responsáveis pela custódia de Glória De Los Ángeles Treviño Ruiz, naquilo que se chamou de “estupro carcerário”. O julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal restou assim ementado:

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 183.

assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. Rcl-QO 2040/DF – DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM NA RECLAMAÇÃO. RELATOR: Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 21/02/2002. DJ: 27/06/2003, p. 31. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

No caso em questão, como bem asseverou o Ministro relator, há campo de tensão entre o direito à integridade da reclamante e um valor constitucionalmente amparado, qual seja, o direito do Estado de apurar e elucidar eventual envolvimento de agente público em atividades criminosas, violando, não apenas normas penais, mas também a moralidade administrativa, o que, a toda evidencia coloca em cheque a higidez da estrutura da Polícia Federal. Assim, é que nas razões de decidir ficou assentado que:

sendo inviável neste caso concreto a contemporização do direito fundamental da intimidade com bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que façamos, como metódica se solução do conflito, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema qual dos princípios terá maior peso para uma norma de decisão justa para o presente caso concreto.

E mais,

[...] passemos a fazer a imperativa ponderação entre o direito fundamental de intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz em não ver divulgada a identidade do pai de seu futuro filho e o interesse do Estado em prosseguir nas investigações, tutelando os bens

constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal.

Desta feita, após considerar que o exame de DNA, no caso específico, prescindia de qualquer medida invasiva porquanto o confronto do material genético poderia ser feito com a placenta da parturiente que usualmente é descartada na qualidade de lixo hospitalar, o exame foi, por maioria, autorizado. Ademais, ficou ainda registrado no voto condutor do acórdão em questão que:

a identificação da paternidade do nascituro, também, não importará qualquer risco de auto-incriminação à Gloria De Los Angeles Treviño Ruiz, pois neste inquérito não se imputa a ela a prática de qualquer ilícito penalmente relevante, não tendo, por outro lado, a referida senhora atribuído a qualquer pessoa a gravidez. [...] Não bastando isso, a honra e a imagem dos custodiados, dos policiais tidos como suspeitos, bem como da própria instituição policial federal, restarão maculadas enquanto não for apurado quem foi o responsável pela gravidez [...], que ocorreu durante o período em que ela se encontrava na carceragem da Superintendência da Polícia Federal em Brasília - DF. [...] Deste modo, sopesando o direito à intimidade [...], com bens jurídicos constitucionais em conflito, deverão prevalecer estes em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela do interesse da comunidade em restringir o âmbito de proteção de seu direito à intimidade não importará sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menor.

Interessante ressaltar que neste caso, a questão envolve o conflito entre um direito fundamental e valores constitucionais, consistindo, portanto, em verdadeira colisão em sentido amplo. Adversamente, a mesma questão foi igualmente tratada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 71373/RS, que resultou a seguinte ementa:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da

inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. HC 71373/RS – Rio Grande do Sul. *HABEAS CORPUS*. RELATOR: Min. FRANCISCO REZEK. RELATOR P/ ACÓRDÃO: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 10/11/1994. DJ: 22/11/1996, P. 45686. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Neste caso, o paciente manejou o remédio heróico – *habeas corpus* – contra decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em agravo de instrumento, confirmou decisão do juízo de primeira instância determinando coercitivamente a coleta de amostra sanguínea no bojo dos autos do processo em que se pleiteia seja reconhecida a paternidade do impetrante. Na pendência do julgamento do recuso especial e extraordinário, os quais, não gozam de efeito suspensivo, e ante a proximidade da data marcada para o exame o *habeas corpus* foi a solução encontrada para veicular o cerceamento da liberdade de ir e vir, ao argumento de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei.

Contudo, o cerne do julgamento cinge-se novamente em se precisar, entre o direito à intimidade e à integridade física e o direito ao reconhecimento de paternidade, qual deve gozar de primazia. Cumpre-se notar que, ao contrário do que ocorreu no julgamento anterior, este veicula uma colisão de direitos fundamentais entre si. Daí resulta que o mesmo fato, qual seja, realização compulsória de exame de DNA pode se caracterizar, a depender do caso concreto, tanto como colisão em sentido estrito como em sentido amplo. Com efeito, o próprio Ministro relator deixou consignado que:

O que temos agora em mesa é questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) paternidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física [...] É alentador observar que, a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do

investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica (grifou-se).

Logo, desta constatação se deflui a importância do caso concreto para que se possa validamente chegar a uma ou outra conclusão e esta percepção, ainda no limiar da presente pesquisa, já deixa transparecer que em se tratando de colisão entre direitos fundamentais não se pode chegar a uma regra padrão, a um modelo a ser aplicado indistintamente. Ao contrário, deve-se deixar bem marcada, desde então, a importância de se especificar a situação fática para que sobre ela se possam sugerir possíveis conclusões. Tais afirmações são corroboradas pelo cotejo entre as decisões que se trouxe à baila, eis que na primeira a realização do exame de DNA foi autorizada, já na segunda, a conclusão do mesmo órgão julgador foi diametralmente oposta.

Retomando a análise do mencionado *habeas corpus* ao analisar o estado de tensão entre os direitos fundamentais o Ministro Francisco Rezek argumentou ainda que:

[...] na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Ocorre que, divergindo da orientação exposta pelo relator o Ministro Marco Aurélio decidiu em sentido oposto, no que foi acompanhado, pela maioria de seus pares, aduzindo, para tanto:

onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez que agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de certa prova? [...] É irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue por menor que seja, para realização do exame.

Não bastassem os contundentes argumentos do Ministro Marco Aurélio, cumpre-se notar ainda a peculiaridade com a qual o então Ministro Sidney Sanches tratou a matéria ao argumentar que:

não me parecer ser possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo, contra sua vontade, e até à força, à extração de sangue, como também não me pareceria razoável forçá-lo à ejaculação, para obtenção de esperma, nem forçar alguém e fornecer elementos gráficos, de próprio punho, para exame grafotécnico.

E concluiu,

também não me parece que o direito ao reconhecimento da paternidade seja indisponível e por isso justifique a compulsoriedade, a irrecusabilidade da submissão à prova. Tal direito (ao reconhecimento da paternidade) é personalíssimo. Pode ser exercido, ou não. Pode haver desistência da ação, mesmo depois de realizada a prova favorável de DNA.

Resumindo a questão de forma lapidar o Ministro Moreira Alves, com a sapiência que lhe é peculiar, sustentou em seu voto que: “estamos, pois, diante de dois valores: uma disponível; outro, que a Constituição resguarda, e que é o da intimidade. Em favor daquele não se pode violar este”.

Atualmente existe o entendimento de que a recusa – no bojo de uma ação de investigação de paternidade – ao oferecimento espontâneo de material para exame hematológico, não autoriza a condução coercitiva. É dizer, há um aceno da jurisprudência no sentido de que se deve dar primazia ao direito à intimidade, à integridade física, respeitando-se desta feita, a recusa do suposto parente consanguíneo. Contudo, obtemperando o conflito de direitos constitucionais, a recusa ao exame deve ser considerada como presunção *juris tantum* de paternidade, este é o teor do verbete da súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça⁸⁶.

1.3.2.2. O exemplo do direito à intimidade *versus* direito à informação

A liberdade de expressão consiste enorme conquista do homem e enquanto seja consagrada sem qualquer censura prévia constitui traço marcante das sociedades democráticas, não apenas qualificando-a como tal, mas servindo ainda como medida de

⁸⁶ Súmula n. 301 do Superior Tribunal de Justiça. Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz a presunção *juris tantum* de paternidade.

determinado sistema democrático, ou, nas palavras de Edilson Pereira de Farias, “termômetro do regime democrático”⁸⁷.

Nesta mesma linha, não se pode perder de mira que a Constituição Federal de 1988 – a Constituição “Cidadã” – teve como traço marcante a superação e a ruptura com o regime autoritário e não pluralista vigente até então. Assim é que Luís Roberto Barroso aduz que a liberdade em geral – entre as quais se destaca a liberdade de expressão – é juntamente com o direito à vida e à integridade física um dos valores imprescindíveis para a manutenção da existência digna⁸⁸.

De igual importância também goza o direito à informação que mais que garantir direitos individuais inegavelmente ganha contornos que extrapolam a esfera de cada cidadão isoladamente considerado, afigurando-se como um direito coletivo. Contudo, em que pese a magnitude de tais direitos, impõe-se considerar que a própria Constituição Federal traz, no artigo 220, parágrafo 1º⁸⁹, como limites ao direito à informação a livre manifestação e pensamento, o direito de resposta proporcional ao agravo, sem prejuízo da indenização pelos danos deles decorrentes, o livre exercício de trabalho ofício ou profissão, o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional e a garantia da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e o livre acesso às informações. Neste último dos limites citados é que se passará a concentrar as atenções.

Silva, em obra específica sobre o direito à intimidade, aponta a dificuldade que surge ao se tentar fixar-lhe um conceito juridicamente aceitável, vez que a intimidade é um valor intrinsecamente ligado a cada ser humano, mas que inevitavelmente converge para o sentimento de que há fatos e questões que não podem ou não devem ser compartilhadas com outras pessoas⁹⁰.

Não obstante a dificuldade encontrada pelo operador do direito quando se debruça diante da tarefa de conceituar em que venha consistir o direito à intimidade o retrocitado autor propõe que:

⁸⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão entre direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris, 1996, p. 128.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-273.

⁸⁹ Artigo 220, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Nenhuma lei conterá dispositivo que possa embarçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

⁹⁰ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a constituição de 1998**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 30-38.

o direito à intimidade deve compreender o poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de vinculação de aspectos da nossa vida privada, que segundo um sentimento comum, detectável em casa época e lugar, interessa manter sob reserva.⁹¹

Portanto, do cotejo entre as proposições feitas até então, pode-se validamente inferir que em algum momento é possível que ambos os direitos entrem em reta de colisão. Não por outra razão que René Ariel Dotti pondera que: “ainda que necessário o recolhimento dos seres humanos em varias ocasiões de sua existência, este fenômeno não pode ser permanente e nem hostil aos interesses sociais”⁹².

Logo, segundo Eduardo Novoa Monreal o ser humano não pode permanecer em uma redoma isolado de seus pares com os quais sequer estabelece comunicação. Daí decorre, ainda esse autor, que não se pode conceber como inviolável qualquer aspecto da vida, mesmo se transcorrer em recinto fechado⁹³. Ora, se de um lado a liberdade de expressão não é absoluta por ter que se conformar com o direito à intimidade – denominado também como o direito de ficar só que, segundo David M. O’ Brien, significa a proteção do cidadão no tocante aos seus anseios, dores, prazeres, satisfações, emoções e sensações e se consubstancia no mais compreensivo e valioso dos direitos do homem civilizado⁹⁴ – e, de outro, este não é absoluto vez que há, que se respeitar o direito coletivo de terceiros em ter acesso ao conteúdo de tais informações, inevitavelmente, em algum momento, caracterizar-se-á o conflito de direitos fundamentais⁹⁵.

A propósito, não raramente tais questões envolvendo choque entre direitos fundamentais entre si chegam aos tribunais pátrios. Recentemente a revista “Época” cuidou desta questão para o que trouxe estampada na capa matéria intitulada “O fascínio da fofoca”, a qual relatou a inconformidade do artista Roberto Carlos com a publicação não autorizada de uma biografia. Da matéria consta que:

o cantor estava irritado com o lançamento da biografia *Roberto Carlos em Detalhes*, do historiador Paulo César de Araújo. Tudo de bom que

⁹¹ SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a constituição de 1998**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 39.

⁹² DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 73.

⁹³ MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la vida privada y libertad de informacion**. 2. ed. México, DF: Siglo Veintiuno Editores, 1981, p. 148-153.

⁹⁴ O’ BRIEN, David M. **Constitutional law and politics: civil rights and civil liberties**. 5. ed. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, Inc, 2003, v. II, p. 1210.

⁹⁵ Cf. FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris, 1996, p. 93-94.

a fama proporciona, Roberto Carlos recebe em doses generosas – dinheiro, prestígio, belas mulheres, adoração incondicional, prêmios e verbete no *Guinness*. É natural que ele também receba o que a fama traz de ruim: a perda da privacidade⁹⁶ (grifou-se).

Fatalmente a questão chegou ao Poder Judiciário mediante ajuizamento de ação de indenização por danos morais onde o referido artista ainda requer lhe seja deferido provimento jurisdicional determinando a retirada da obra de circulação. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido por decisão da lavra do MM. Juiz de Direito da 20ª Vara Cível do Rio de Janeiro, Maurício Chaves de Souza Lima⁹⁷, que restou fundamentada nos seguintes termos:

A biografia de uma pessoa narra fatos pessoais, íntimos, que se relacionam com o seu nome, imagem e intimidade e outros aspectos dos direitos da personalidade.

Portanto, para que terceiro possa publicá-la, necessário é que obtenha a prévia autorização do biografado, interpretação que se extrai do art. 5º, inciso X, da Constituição da República, o qual dispõe serem invioláveis a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas.

Registre-se, nesse ponto, não se desconhecer a existência de princípio constitucional afirmando ser livre a expressão da atividade intelectual e artística, independentemente de censura ou licença (inciso IX do mesmo art. 5º).

Todavia, entrecruzados estes princípios, há de prevalecer o primeiro, isto é, aquele que tutela os direitos da personalidade, que garante à pessoa a sua inviolabilidade moral e de sua imagem. Além do mais, conforme mansa jurisprudência, não está compreendido dentro do direito de informar e da livre manifestação do pensamento a apropriação dos direitos de outrem para fins comerciais (grifou-se).

Assim, presente a plausibilidade do direito alegado pelo autor da causa, ante a necessidade da sua prévia autorização para a publicação e para a exploração comercial da sua biografia”.

⁹⁶ ZORZANELLI, Marcelo; MENDONÇA, Martha; BUSCATO, Marcela. Você gostaria que alguém se apropriasse de sua história: o desabafo de Roberto Carlos, irritado com uma biografia não-autorizada, provoca uma reflexão sobre a era das celebridades. *Revista Época*, São Paulo: Dezembro, n. 448, 2006, p. 115- 120,

⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 20ª Vara Cível. Processo n.. 2007.001.006607-2. Juiz Maurício Chaves de Souza Lima. Rio de Janeiro, RJ 22 fev. 2007.

Ao cabo do que concluiu,

assim, presente a plausibilidade do direito alegado pelo autor da causa, ante a necessidade da sua prévia autorização para a publicação e para a exploração comercial da sua biografia.

Presente, ainda, o requisito do receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I, do CPC), na medida em que, não concedida a medida ora pleiteada, permanecerá a comercialização da obra, fazendo com que novas pessoas tomem conhecimento de fatos cujo sigilo o autor quer e tem o direito de preservar.

Ante o exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar aos réus a interrupção da publicação, da distribuição e da comercialização do livro 'Roberto Carlos em Detalhes', em todo o território nacional, no prazo de três dias, sob pena do pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

No caso em apreço ficou nítido que o Poder Judiciário não desconheceu a existência de ambos direitos, quais sejam, o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão. Ocorre que, no caso concreto – é importante que o leitor tenha sempre consigo esta idéia – foi dado maior peso àquele e não a este. Por oportuno também é ressaltar que a questão, tal qual posta pelo nobre julgador, não se trata de um verdadeiro conflito de direitos fundamentais, senão de um mero conflito aparente.

Não é demais lembrar que não é toda e qualquer forma de exercício de direito fundamental que encontra guarida no texto constitucional⁹⁸. Foi exatamente esta a conclusão do julgador da ação movida pelo cantor Roberto Carlos ao argumentar que o direito à liberdade de expressão não alberga o direito de se apropriar de fatos relativos à vida privada de outrem para dar-lhes destinação comercial.

Contudo, em outra decisão judicial envolvendo os mesmos direitos deu-se maior peso ao direito à liberdade de expressão. Em março de 2004 Law Kin Chong impetrou

⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 217.

mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal⁹⁹ objetivando que suas imagens não fossem divulgadas pela imprensa quando de seu depoimento na Comissão Parlamentar de Inquérito que apurava a pirataria.

O impetrante obteve pronunciamento liminar positivo onde ficou registrado pelo Ministro Cezar Peluso que:

é grave e delicada a questão agora reproposta no requerimento liminar, porque, com o envolver modalidade de colisão de princípios constitucionais, implicará o reconhecimento da limitação do âmbito de um deles, ponderada no exame das circunstâncias do caso concreto, qualquer que seja o teor da resposta, que há de ser pronta.

Após a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI da pirataria – protocolaram pedido de reconsideração, ao argumento de que a decisão fora proferida invadindo a competência constitucional do Poder Legislativo, vez que segundo o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, compete ao seu presidente a decisão acerca do televisionamento ou não de seus atos¹⁰⁰.

Não obstante, o Ministro relator não reconsiderou sua decisão argumentando que está garantido pela Constituição Federal o acesso ao judiciário mesmo diante de atos *interna corporis*, bastando, para tanto que contra estes atos se oponha a pretensão de um direito subjetivo violado¹⁰¹. Já com relação ao referendo da liminar, o Ministro Cezar Peluso manteve seu posicionamento, manifestando-se nos seguintes termos:

depois, a mim parece evidente – aliás, isso ficou claro nas minhas decisões, que, por sinal, em outro caso, tive a honra de ver citadas pela Ministra Ellen Gracie – que a decisão não obstava nem obsta à

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS-MC 24.832/DF. Ementa: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 18 mar. 2004. DJ de 18.08.2006, p. 19.

¹⁰⁰ Cf. Ministros do Supremo Tribunal Federal discutem direito de imagem e direito à informação ao julgarem o MS de Law Kin Chong. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=85099¶m=&tip=UN> Acesso em: 10 mar. 2007.

¹⁰¹ Cf. Ministros do Supremo Tribunal Federal discutem direito de imagem e direito à informação ao julgarem o MS de Law Kin Chong. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=85099¶m=&tip=UN> Acesso em: 10 mar. 2007.

publicidade das sessões, mas apenas limita a exposição perniciosa da imagem de quem não se sabe se é testemunha ou se é indiciado, porque a Comissão Parlamentar de Inquérito não predefine a condição em que o cidadão intimado deva comparecer e depor perante ela. [...] Pode ser apresentado, sem julgamento nem recurso, como um criminoso execrável, com ofensa irreparável à sua honra objetiva e à sua imagem pública. Todos os poderes da Comissão estão intactos, e também os da imprensa, que pode assistir ao ato, fazer anotações, publicações, noticiar, etc.

Seguindo o julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o relator argumentando, em síntese, que no confronto entre o direito à imagem e a liberdade de imprensa a ponderação deve tender à defesa daquele¹⁰², no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Outra solução, porém, deu o Ministro Ayres Brito que fundamentou sua decisão no artigo 220 da Constituição Federal¹⁰³, sustentando que:

[...] claro que há interesse da imprensa em cobrir um ato típico de um processo parlamentar de inquérito. A Constituição começa, no trato da matéria, por se fazer extremamente garantística da liberdade de comunicação, a partir do *caput* do art. 220, que só admite, na transmissão do pensamento, da expressão, da informação e da criação, as restrições dela própria, Constituição.

¹⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS-MC 24.832/DF. Ementa: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 18 mar. 2004. DJ de 18.08.2006, p. 19.

¹⁰³ Artigo 220 da Constituição Federal. 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. Parágrafo 1º. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Parágrafo 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Parágrafo 3º. Compete à lei federal: I – regular diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre adequada; II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Parágrafo 4º. A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos no inciso II do parágrafo anterior e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Parágrafo 5º. Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. Parágrafo 6º. A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Noutra passagem de seu voto o Ministro Ayres Brito reconheceu identicamente que a Constituição Federal também elevou ao *status* de direito fundamental o direito à intimidade, à imagem, à honra e à vida privada, porém concluiu serem direitos *prima facie* de modo que admitem restrições pontuais, dentre as quais, o direito à informação, contraponto do direito de expressão, outorgado à toda coletividade e que se fortalece sobretudo quando se está diante de uma democracia. Porquanto, veja-se:

a democracia é um regime de informação por excelência e, por isso mesmo, *prima* pela excelência da informação. É claro que a informação televisada ganha essa tonalidade de excelência, de transparência. No caso, entendo que não houve, não existe direito líquido e certo do impetrante de ver sua imagem subtraída do televisoramento direto.

Acompanhando a divergência posicionaram-se os Ministros Marco Aurélio – para o qual entre o conflito entre o coletivo e o individual deve-se prestigiar a coletividade – , Carlos Velloso – que sustentou que os atos judiciais e identicamente as sessões das Comissões Parlamentares de Inquérito devem ser, em regra, à luz do artigo 93, IX¹⁰⁴ da Constituição Federal, públicos ficando sob reserva apenas quando houver algum motivo razoavelmente justificante, o que, na espécie, não vislumbrou –, Sepúlveda Pertence para o qual eventuais injustiças seriam não menos que conseqüências inexoráveis da imunidade parlamentar, que tem como um de seus aspectos a publicidade das falas dos parlamentares – e pela Ministra Ellen Gracie¹⁰⁵.

Assim é que, ao cabo desses exemplos hauridos do Poder Judiciário, pretendeu-se demonstrar que a questão relativa à colisão entre direitos fundamentais, afora a complexidade da qual goza, pode conduzir a uma ou outra solução, tudo, como já se deixou registrado, a depender do caso concreto. Tal fato, não implica dizer que não há critérios para que diante de uma situação fática se possa estabelecer qual dentre os direitos conflitantes deve gozar de primazia, inclusive, ao próprio Poder Judiciário é vedado deixar de solucionar as

¹⁰⁴ Artigo 93, IX da Constituição Federal. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas suas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. MS-MC 24.832/DF. Ementa: COMISSAO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. Depoimento. Indiciado. Sessão pública. Transmissão e gravação. Admissibilidade. Inexistência aparente de dano à honra e à imagem. Liminar concedida. Referendo negado. Votos vencidos. Não aparentam caracterizar abuso de exposição da imagem pessoal na mídia, a transmissão e a gravação de sessão em que se toma depoimento de indiciado, em Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 18 mar. 2004. DJ de 18.08.2006, p. 19.

lides sob o argumento de que não há lei regulando a matéria. Por estas razões é que as atenções se voltam, neste momento, para uma proposta de fixação de um critério hábil a solucionar a colisão entre direitos fundamentais.

1.4. Lei da colisão

Diante da constatação de que os direitos fundamentais ao entrarem em linha de tensão podem levar o intérprete a optar por conferir preponderância a um em detrimento de outro, surge a necessidade de se estabelecer as diretrizes dentro das quais se estrutura a solução das colisões.

Com tal objetivo, Robert Alexy elabora a lei de colisão¹⁰⁶, que tem relevância não apenas por propiciar a solução dos conflitos, mas também porque por meio dela se chega a um ponto fundamental para o deslinde do debate que ora se trava, o resultado da ponderação de bens¹⁰⁷ – que será abordada posteriormente com mais vagar.

Alexy para explicar o que venha a ser a lei de colisão parte de uma situação hipotética onde se pretende, por força de uma norma penal, realizar uma audiência quando o inquirido corre fundado risco de sofrer um ataque cardíaco. Neste caso, argumenta o jurista alemão, que há um estado de tensão entre o direito do Estado de bem aplicar o direito penal e o direito do réu à garantia de sua integridade física e, em última análise – mas nem por isso menos importante – o direito à vida, os quais devem ser, por força de mandamento constitucional, tutelados por este mesmo Estado¹⁰⁸.

Impõe-se reconhecer que a análise isolada de cada um destes direitos leva ao intérprete a resultados opostos e, no caso concreto, um deles limita a concretização do outro. Tal fato não significa negar que ambos não gozem de mesma hierarquia, afinal, têm assento na Constituição, o que torna inviável a declaração de invalidez de um quando confrontado o outro¹⁰⁹.

Deve-se fazer, neste ponto, um paralelismo entre a impossibilidade de se declarar a invalidade de um dos princípios e a eficácia de que gozam as normas constitucionais. Ora, as normas constitucionais, inclusive as normas programáticas, gozam,

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 90 e ss.

¹⁰⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 126.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 90.

¹⁰⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 126-127.

mesmo que em mínimo grau de efetividade e aplicabilidade¹¹⁰. É dizer, de outro modo, que os direitos existem e tão-somente por existirem devem ser realizados e as normas constitucionais não se esquivam desta regra¹¹¹, sob pena de se tornarem normas vazias, resultantes de um discurso político descomprometido com a civilidade¹¹².

Delmo de Abreu Dallari perfilha deste mesmo entendimento se manifestando nos seguintes termos:

será totalmente inútil todo o cuidado para elaborar uma Constituição se ela não for efetivamente aplicada e respeitada. [...] Por esse motivo, entre outros, a Constituição não deve conter preceitos de aplicação impossível ou que contrariem a realidade social¹¹³.

E justamente por se considerar que as normas constitucionais gozam de efetividade é que não se pode declarar a invalidade de um princípio quando em colisão com outro, de modo que a declaração de invalidez, neste caso, seria equivalente a negar o próprio princípio. Por isso é que a solução do conflito entre direitos fundamentais passa necessariamente pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada¹¹⁴.

Contudo, é de se perguntar: precedência condicionada a que? Condicionada às situações caracterizadoras do caso concreto. Pode-se assim afirmar que determinado princípio “x” tem maior peso – entenda-se, razões suficientes – do que o princípio “y” dentro dos limites das condições “z” emergentes de um fato concreto “a”. Porém, se o fato tido em consideração for “b” e as condições que dele afloram forem “w” é perfeitamente possível que o princípio “y” tenha maior peso do que o “x”¹¹⁵.

A questão não passou despercebida por Norberto Bobbio que deixou assentado que:

é preciso partir da afirmação óbvia de que não se pode instituir um direito a favor de uma categoria sem suprimir um direito de outras

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 266. No mesmo sentido. Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97 e ss.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 227.

¹¹² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 97 e ss.

¹¹³ Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 227, nota n. 242.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 92.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 93.

categorias de pessoas [...] deve-se falar em direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas¹¹⁶.

Eis então a justificativa para o fato de que quando se ilustrou a colisão de direitos fundamentais com os exemplos do DNA e da liberdade de expressão *versus* direito à intimidade, deparou-se com decisões diametralmente opostas. Note-se que os princípios em xeque eram, nos exemplos dados, sempre os mesmos. Contudo, por questões específicas de cada caso atribuiu-se em cada hipótese maior peso para um dos direitos fundamentais.

Ademais, é preciso deixar bem vincado que a decisão acerca de se conferir maior peso a determinado direito fundamental não significa o aniquilamento do outro, que continua a existir, mas naquele caso concreto cedeu ao outro, isto porque a constituição é una, ou seja, a interpretação acerca de suas normas deve ser feita buscando sua coesão e unidade¹¹⁷, que nada mais é, segundo Konrad Hesse, do que uma tarefa de otimização. Otimizar, ainda segundo Hesse, significa que os limites devem ser estabelecidos aos bens e valores em linha de colisão a fim de que ambos alcancem, em cada caso concreto, uma efetividade ótima¹¹⁸.

O que se faz é um juízo de ponderação entre os bens – com o propósito de conferir-lhes harmonia, eis que a Constituição não pode ser interpretada às tiras¹¹⁹ – o qual tanto pode nortear o legislador quando da produção de normas restritivas de direitos fundamentais quanto a atividade dos órgãos julgadores na hipótese de se depararem com conflitos não solucionados por lei, mas que, nem mesmo por isso, podem ficar sem a respectiva tutela jurisdicional¹²⁰. A propósito, o Ministro Teori Albino Zavascki leciona que:

a chamada “concordância prática” entre os direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si, é obtida mediante regras de

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 42.

¹¹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 94 -95.

¹¹⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional: selección*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48-49.

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica e a constituição de 1988: interpretação e crítica*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 181.

¹²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1232-1233.

solução estabelecidas ou por via da legislação ordinária (solução legislativa dos conflitos) ou pela via judicial direta. A primeira (solução pela “via legislativa”) é possível dar-se sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Já a construção da regra pela “via judicial” direta se tornará necessária quando inexistir regra legislativa de solução, ou quando essa (construída que foi à base de mera intuição de possíveis conflitos) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado[...]. Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, a solução do conflito há de ser estabelecida mediante a devida “ponderação de bens e valores” concretamente colidentes, de modo que a se identifique uma relação específica de prevalência deles¹²¹ (grifou-se).

Interessante notar ainda que a par de se configurar como um critério formal para solução de conflitos em matéria de direitos fundamentais, o critério da ponderação, – o sopesamento de bens – se afigura verdadeiro instrumento concretizador da dignidade da pessoa humana. Não por outra razão que Daniel Sarmiento sustenta que a atividade de ponderação – ou nos dizeres de Canotilho, balanceamento *ad hoc*¹²² – deve se voltar para valores supremos de nossa ordem constitucional – liberdade, igualdade, fraternidade e justiça – que são cunhados no âmago do princípio da dignidade da pessoa humana, atribuindo à ponderação, desta feita, uma afirmação substantiva¹²³.

Ademais, a composição entre direitos fundamentais conflitantes deve primar, igual maneira, pela concordância prática entre os bens jurídicos envolvidos pelo campo de tensão de modo a evitar que a decisão venha a sacrificar totalmente um em relação ao outro. Contudo, o que se verifica é que esta busca pela harmonização nada mais é do o juízo de ponderação ao qual se fez menção acima¹²⁴. Logo, por mais este motivo deve-se

¹²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação da tutela e a colisão de direitos fundamentais. *Revista da Associação dos juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, out, n. 64, 1995, p. 395-417.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1202.

¹²³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 73-74.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1188.

atentar para a importância da ponderação como critério solucionador de conflitos entre os direitos fundamentais.

Por fim, não se pode desconsiderar que a solução da colisão entre direitos fundamentais deve ter sempre como norte a ponderação de bens, não importando se tal solução decorre de atividade legislativa ou, na sua ausência, de atividade do próprio Poder Judiciário.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES

Como se notou, os direitos fundamentais não são absolutos, tanto é que a própria Constituição Federal, a exemplo de suas anteriores, admite sejam eles limitados¹²⁵. Mas nem por isso, e este é o propósito deste breve intróito, deve-se supor que toda interferência legislativa no âmbito dos direitos fundamentais é se dá mediante a imposição de limites.

Há nesse sentido, a necessidade de se divisar as normas restritivas de direitos fundamentais daquelas que apenas lhes dão conformação. Com efeito, há normas constitucionais que têm conteúdo por demais aberto o que dificulta sejam satisfeitas¹²⁶, a exemplo do que ocorre que com os direitos à organização e ao procedimento, que exigem tanto a criação de órgãos, como a elaboração de normas para que se possa gozar de outros direitos¹²⁷. Especificando ainda mais o exemplo trazido refere-se àquilo que Robert Alexy chama de direitos a procedimentos judiciais e administrativos¹²⁸. Com efeito, de pouco adiantaria a previsão constitucional no sentido de que o direito líquido e certo, quando não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seria tutelado pelo mandado de segurança se não houvesse ato normativo infraconstitucional regulamentando esse remédio heróico¹²⁹.

Portanto, esclarecido que o desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais no plano infraconstitucional tanto pelas leis restritivas quanto pelas leis conformadoras¹³⁰, cumpre-se diferenciar umas das outras¹³¹. Neste especial interessantes são os apontamentos de Christine Oliveira Peter da Silva no sentido de que não raramente normas conformadoras de direitos fundamentais são aquelas, que de qualquer maneira, dispõem sobre o conteúdo desses direitos. Contudo, – adverte a referida autora – o sentido a ser considerado

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 24.

¹²⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 150-151.

¹²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9-10.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 471.

¹²⁹ Cf. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 151.

¹³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

¹³¹ O professor Jorge Miranda também aponta a diferença entre concretização legislativa e restrição. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998. v. IV, p. 298.

no que tange a conformação de direitos fundamentais tem como pressuposto a manutenção do âmbito de proteção destes mesmos direitos¹³².

Impõe-se reconhecer que noção do que sejam normas conformadoras de direitos fundamentais tem como ponto de partida o reconhecimento de que há certos direitos fundamentais que não são exequíveis per si por carecerem de densidade¹³³. Assim é que estas normas se prestam a conferi aos direitos fundamentais maior exequibilidade¹³⁴, garantindo-lhes fortalecimento no seio constitucional¹³⁵.

Portanto, em matéria de direito fundamental, estas normas quando muito estabelecem com mais precisão certos conceitos, reproduzindo mais claramente o conteúdo daquelas – normas – que veiculam direitos fundamentais¹³⁶. Cumpre-se notar que nestes casos, como a lei não acrescenta nem retira o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a atividade legiferante está autorizada independentemente de autorização constitucional¹³⁷. Ilustrando tais afirmações Gilmar Ferreira Mendes argumenta:

sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço teórico¹³⁸.

Não bastasse, há ainda outro tipo de norma resultante de intervenção legislativa nesta matéria que igualmente não se caracteriza como uma restrição vez que cuidam tão-somente de alocar os direitos no mundo jurídico. Neste aspecto, Vieira de Andrade argumenta que há determinados preceitos com assento constitucional que embora

¹³² SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 127.

¹³³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1165.

¹³⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998. v. IV, p. 298.

¹³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p.228

¹³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 227/228. Cf. SILVA, Christine Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 126.

¹³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 226.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 214.

sejam imediatamente aplicáveis não prescindem das benesses decorrentes de sua organização e adaptação à vida real¹³⁹. Ocorre que em tais hipóteses, para o sobredito jurista português,

as leis são leis regulamentadoras [...] que organizam e disciplinam a boa execução dos preceitos constitucionais e que, com essa finalidade, poderão quando muito, estabelecer condicionamentos ao exercício dos direitos. A sua intenção não é restringir, mas pelo contrário, assegurar praticamente e fortalecer o direito fundamental constitucionalmente declarado¹⁴⁰ (grifou-se).

Portanto, nada impede que se diferencie a reserva de lei reguladora da reserva de lei restritiva, com fundamento de que no primeiro caso o legislador promove uma limitação interna – quando, por exemplo, regula os efeitos do casamento¹⁴¹ ou ainda quando regula as normas relativas à capacidade jurídica¹⁴² ao passo que no segundo, a limitação ao direito fundamental é externa – o que ocorre, segundo Canotilho, quando se impõe “restrições a partir de fora à liberdade de escolha de profissão”¹⁴³.

Em contraposição, há determinadas ocasiões em que o legislador volta suas atividades para além da mera conformação e da regulamentação, obrando de tal modo a atingir a núcleo do direito fundamental¹⁴⁴, surgindo assim as leis efetivamente restritivas de direitos fundamentais. Daí a razão de se qualificarem como normas que atingem de forma restritiva situações que, inicialmente, se incluem sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais¹⁴⁵, impedindo, desta forma a multiplicação entre os direitos fundamentais¹⁴⁶.

Consoante lição de Jorge Reis Novaes a concepção dos limites, em conformidade com a teoria externa aqui adotada, é marcada por um modelo de garantia que serve como instrumento de controle da intervenção estatal no âmbito de proteção de direitos fundamentais, viabilizando sobremaneira a verificação no sentido de se aferir se a intervenção

¹³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 227.

¹⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 227.

¹⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1224-1225.

¹⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 227/228, nota n. 26.

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1225.

¹⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 229

¹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1223.

¹⁴⁶ SILVA, Christine Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 129.

tem autorização constitucional e se é adequada constitucionalmente¹⁴⁷. Portanto, só são legítimas as restrições que tiverem assento diretamente na constituição ou aqueles que se originarem de lei ordinária admitida no mundo jurídico com fundamento na própria constituição, que são denominadas, respectivamente, restrições imediatas e mediatas¹⁴⁸.

Como visto o fenômeno da restrição de direitos fundamentais não se confunde com a conformação nem com a regulamentação. Além de necessitar de autorização constitucional ou ter fundamento no texto constitucional, as restrições atuam diretamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Não destoam destas considerações as lições de Suzana de Toledo Barros para a qual:

[...] a partir dessas idéias não se pode ser traído pelo raciocínio de que o problema dos direitos fundamentais se reconduziria, em última análise, a uma tarefa de conformação pelo legislador, mesmo quando um estudo sobre a essência desses direitos encartados no Texto Constitucional demonstre que a grande maioria deles carece de *interpositio legislatoris*. A admitir uma tal conclusão, estar-se-ia a negar um regime especial para a intervenção do legislador com objetivo restritivo inequívoco¹⁴⁹ (grifou-se).

Feitas estas considerações, a abordagem do tema proposto cinge-se ao estudo tão-somente das leis restritivas dos direitos fundamentais, deixando-se para outra oportunidade a apreciação das normas conformadoras e regulamentadoras. Neste compasso, a análise recairá, neste momento, sobre as restrições diretamente constitucionais e, posteriormente às indiretamente constitucionais.

2.1. Restrições diretamente constitucionais

As normas constitucionais que se prestam a restringir imediatamente direitos fundamentais têm natureza bi-fronte. É dizer, tanto são garantias de direitos na exata medida em que asseguram um âmbito de proteção relativamente ao direito fundamental, como são normas que prevêm diretamente limites a este mesmo âmbito de proteção a qual

¹⁴⁷ Apud FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 143.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica: 2002, p. 227.

¹⁴⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritiva de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica: 2003, p. 155.

garantiu. Entretanto, o legislador não está impedido de reproduzir, em seus atos normativos, os limites diretamente trazidos no bojo do texto constitucional¹⁵⁰.

Todavia, o reconhecimento destes limites não é pacífico na doutrina. Peter Lerche levanta tal problemática sustentando que os limites diretamente constitucionais podem não se configurar propriamente uma restrição, senão apenas uma questão a ser resolvida à luz dos elementos do tipo, ou *tatbestand*¹⁵¹. Portanto, sob este prisma não há restrições diretamente constitucionais, mas elementos integrantes da norma¹⁵².

Exemplificando, Robert Alexy¹⁵³ faz menção ao artigo 8º, parágrafo 1º da Lei Fundamental Alemã que trás em seu bojo norma semelhante ao artigo 5º, XVI da Constituição Federal¹⁵⁴. Neste diapasão, admitindo-se inexistirem limites internos “reunir-se pacificamente, sem armas” seria apenas um elementos do tipo e não um limite imposto pelo próprio ordenamento constitucional.

A controvérsia traçada acima faz ressurgir mais uma vez o debate que se trava entre a teoria externa e a teoria interna¹⁵⁵. Como sobredito, para a teoria interna não há como divisar o direito fundamental da sua respectiva restrição, daí porque “reunir-se pacificamente, sem armas”, constituiria o próprio âmbito de proteção do direito fundamental previsto no artigo 5º, XVI da Constituição Federal. Portanto, para a teoria interna, as manifestações armadas ficam à margem da proteção constitucional e seriam, nos dizeres de Wilson Antônio Steinmetz, um não-direito¹⁵⁶.

A teoria interna, ao que tudo indica, é adotada por Nicolao Dino de Castro e Costa Neto que ao tratar da função sócio-ambiental destaca que

[...] não atua como uma limitação externa ao direito de propriedade. Antes, integra o conteúdo da propriedade, amoldado-a à satisfação de outros valores constitucionais que possuem o traço da

¹⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1235-1236.

¹⁵¹ Apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 227.

¹⁵² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 277-278.

¹⁵⁴ Artigo 5º, XVI da Constituição Federal. 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.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 227-228.

¹⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30 e ss.

“fundamentalidade” (promoção da dignidade da pessoa; construção de uma sociedade justa e solidária; erradicação da miséria; desenvolvimento nacional, etc.). Está-se diante, pois, de um conteúdo funcional do direito de propriedade¹⁵⁷.

Assim é que para o referido autor não há como estabelecer, de um lado o direito de propriedade e, de outro, a necessidade de que seu exercício observe os limites essenciais à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo a preservá-lo para a atual e futuras gerações, conforme preconiza o artigo 225 da Constituição Federal¹⁵⁸.

Como contraponto, a teoria externa – aqui adotada – compreende que existem direitos aos quais se impõem restrições alocadas cada qual em seu respectivo grupo, o dos direitos e o das restrições. Sendo assim, os advérbios “pacificamente” e “sem armas” seriam nada mais do que limites impostos diretamente pelo texto constitucional ao direito *prima facie* de reunião, o que se coaduna com a concepção de princípios que se deu anteriormente aos direitos fundamentais¹⁵⁹.

Em outras palavras, primeiro se garante o direito de reunir-se publicamente, contudo, ato contínuo, se estabelece que não é toda e qualquer aglomeração que tem amparo constitucional. O mesmo se diga com relação ao exemplo do direito de propriedade e a sua função sócio-ambiental. *A priori* o constituinte originário tratou de conferir o direito de propriedade, mas posteriormente cuidou de impor que seu exercício não se dê de forma absoluta, impondo, para tanto, a obrigatoriedade de que se compatibilize com a preservação do meio ambiente.

Retomando as considerações expostas acerca do direito de reunião, à toda evidência, para se estabelecer se determinada é ou não pacífica é preciso delinear os contornos do que venha a ser “pacífico”. Mais uma vez, com apoio na doutrina de Alexy e em consonância com que se sustentou anteriormente, é necessário uma interpretação diante de um caso concreto, atividade esta que deve ter como ponto de partida a ponderação entre o princípio da liberdade de reunião com os demais princípios e valores que levaram o

¹⁵⁷ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 55.

¹⁵⁸ Artigo 225 da Constituição Federal. Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 278.

constituente originário a limitar tal liberdade¹⁶⁰. Assim, arremata Alexy, as decisões conferindo menor peso ao direito fundamental, quaisquer que sejam suas formulações, pertencem ao campo das restrições¹⁶¹.

Gilmar Ferreira Mendes sustenta que o regime de exceção instalado diante do estado de defesa e do estado de sítio é fonte legítima de restrições emanadas diretamente emanadas da Constituição. Com efeito, a Constituição Federal em seu artigo 136, parágrafo 1º¹⁶² possibilita que se estabeleçam restrições especiais aos direitos de reunião, sigilo de comunicação telegráfica, telefônica e de correspondência. Relativamente ao estado de sítio os limites são mais robustos¹⁶³ uma vez que gravitam em torno da liberdade de locomoção, da liberdade de comunicação em geral e de seu respectivo sigilo, da inviolabilidade do domicílio e do direito de propriedade¹⁶⁴.

Por fim, é interessante observar que esses limites impostos diretamente pela própria constituição ligam-se umbilicalmente às normas que veiculam garantias e desta junção é que se deflui efetivamente o âmbito de proteção concretamente assegurado pelos preceitos constitucionais¹⁶⁵.

2.2. Restrições indiretamente constitucionais: a exigência de lei

Paralelamente os limites impostos pelo próprio texto constitucional há ainda os limites impostos por lei elaborada com autorização constitucional¹⁶⁶. Tal sistemática de

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 279.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 279.

¹⁶² Artigo 136, parágrafo 1, da Constituição Federal. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I – restrições aos direitos de: a – reunião, ainda que exercida no seio das associações; b – sigilo das correspondências; c – sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

¹⁶³ Artigo 139 da Constituição Federal. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I – obrigação de permanência em determinada localidade; II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiofusão e televisão, na forma da lei; IV – suspensão da liberdade de reunião; V – busca e apreensão em domicílio; VI – intervenção nas empresas de serviços públicos; VII – requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva mesa.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

¹⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 617.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 282.

restrição, como bem advertem Gilmar Ferreira Mendes¹⁶⁷ e Vieira de Andrade¹⁶⁸, remonta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que já no seu início previa que:

a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados pela lei¹⁶⁹ (grifou-se).

Deste modo, quando preceitos constitucionais estabelecem a possibilidade de limitação infraconstitucional aos direitos fundamentais é que surgem os chamados direitos sujeitos à reserva legal¹⁷⁰. Esta noção de que existem direitos fundamentais sujeitos à reserva legal trás consigo uma questão de competência¹⁷¹, isto porque, sob o aspecto da formalidade, válidas são normas infraconstitucionais restritivas se – e somente se – forem oriundas do poder com atribuições para elaborá-las com observância ao devido processo legislativo¹⁷². Assim, leis restritivas levadas a efeito com autorização do poder constituinte originário, são em última análise normas de competência.

Evidentemente que, nestas situações, não se está diante de uma hipótese em que se atribui amplos poderes para o legislador restringir os direitos fundamentais ao seu talante. De fato, as leis restritivas de direitos fundamentais existem enquanto tais para viabilizar que todos possam, dentro de uma perspectiva do menor sacrifício possível, fruir de seus bens. Ocorre que, como bem aponta Robert Alexy, a não intervenção legislativa em matéria de direito fundamental quando expressamente autorizada pela constituição é fato tão desastroso quando a sua intervenção em excesso¹⁷³, vez que coloca em xeque o próprio âmbito de proteção do direito fundamental. Daí decorre a importância do conteúdo essencial

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

¹⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 213.

¹⁶⁹ Artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 617.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 283.

¹⁷² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32-33.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 283.

do direito fundamental, que será objeto de abordagem mais à frente e que serve como limite à atividade legislativa, ao qual se chega por intermédio do já repisado juízo de ponderação¹⁷⁴.

Posto isto, tal qual ocorre com as restrições diretamente constitucionais essas que se analisam neste tópico também possuem natureza bi-fronte ou híbrida. J. J. Gomes Canotilho anota com precisão que as leis restritivas de direitos fundamentais são ao mesmo tempo normas de garantia e normas de autorização de restrições. Explica o constitucionalista português que estabelecem garantias a partir do momento em que asseguram proteção a determinado direito fundamental e, ao mesmo tempo, confiam ao Poder Legislativo a possibilidade de fixar limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido¹⁷⁵.

Levando-se em conta de consideração este último aspecto das normas restritivas de direitos fundamentais, qual seja, o fato de serem normas de autorização é que se trava o debate voltado para estabelecer se a atividade legislativa, nestas ocasiões, é apenas declaratória porquanto tão-somente reafirma limites estabelecidos no próprio bojo constitucional ou, do contrário, se é constitutiva de limites.

Canotilho sustenta que o legislador, ao exercer seu poder, não cria um limite, apenas interpreta¹⁷⁶ e, portanto, declara limites impostos pelo constituinte¹⁷⁷. Neste especial não discrepam as considerações de Konrad Hesse segundo as quais

na medida em que o legislador normaliza os limites, traçados pela Constituição, da liberdade jurídico-fundamental em leis ordinárias, ele mesmo não limita essas liberdades; ele comprova só declaratoriamente limites já traçados¹⁷⁸.

O inconveniente desta corrente é que há casos em que é o legislador quem decide se impõe ou não a restrição autorizada pelo constituinte originário. Assim, existem casos nos quais a restrição é admitida à vista do peso dos princípios opostos e o legislador estaria livre para conferir-lhe efeito ou não, sendo que a eventual opção pelo estabelecimento do limite não pode ir além daquilo estabelecido constitucionalmente a fim de realizar o direito

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 283-284.

¹⁷⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p.617.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 231.

¹⁷⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1236.

¹⁷⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 252.

fundamental da melhor maneira possível. Logo, perfeitamente possível visualizar restrições com efeito constitutivo¹⁷⁹

Por estas razões é que Gilmar Ferreira Mendes, com fundamento em Otto Bachof, ratifica que “importantes vozes na doutrina sustentam que a restrição a direito não se limita a uma constatação do que efetivamente vige, mas que o legislador está autorizado, nesses casos, a estabelecer autênticas limitações dos direitos de liberdade”¹⁸⁰. Nesta linha o Tribunal Constitucional Alemão, ao apreciar uma questão relativa à liberdade de profissão, deixou sedimentado que o Poder Legislativo tem a possibilidade de impor restrições a determinado ofício, mas a promoção da capacidade profissional pode ficar sujeita tão-somente ao livre jogo da força da economia¹⁸¹. Ora, isto nada mais é do que reconhecer a possibilidade de lei infraconstitucional constituir uma efetiva limitação com base em autorização constitucional.

As restrições indiretamente constitucionais podem ser, segundo Gilmar Ferreira Mendes¹⁸², no que é acompanhado por Suzana de Toledo Barros¹⁸³, amplas ou simples e limitadas ou qualificadas, as quais serão objeto de estudo a seguir.

2.2.1. Restrições amplas ou submetidas à reserva de lei simples

Por intermédio das restrições sujeitas à reserva legal o constituinte originário apenas remete ao legislador derivado o mister de, em momento futuro, conferir limites ao conteúdo direito amplamente previsto no corpo do texto constitucional¹⁸⁴. Contudo, a liberdade confiada ao legislador não esbarra em um conteúdo específico, ou seja, a Constituição Federal não exige que o ato normativo persiga uma finalidade especial¹⁸⁵.

Não obstante, o aplicador do direito não pode ser levado a concluir que se está diante de um caso em que a norma infraconstitucional pode dispor à seu bel prazer acerca dos direitos fundamentais, isto porque há toda uma sistemática de delimitações à atuação

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 284-285.

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 32.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 285.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 232.

¹⁸³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 166.

¹⁸⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33.

legislativa, a qual, em doutrina, vem estampada sob o rótulo dos “limites dos limites”¹⁸⁶. Noutro giro cumpre-se notar que toda esta discricionariedade legislativa – expressão utilizada por Suzana de Toledo Barros¹⁸⁷ – é caracterizada por várias fórmulas, a saber: “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, ou ainda “nas hipóteses previstas em lei”¹⁸⁸.

Da leitura do artigo 5º, da Constituição Federal, pode-se validamente pinçar o inciso LVIII, donde se extrai a garantia de que, salvo nas hipóteses previstas em lei, não se levará à cabo a identificação criminal daqueles civilmente identificados. De outra maneira, em algumas passagens

o constituinte utiliza-se de formas menos precisas, submetendo o direito fundamental à aplicação de conceito ou instituto jurídico que reclama densificação. É o que se verifica nas seguintes hipóteses: XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que podendo evitá-los, se omitirem; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo quando o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel¹⁸⁹.

Cumpra-se notar que legislador possui ampla discricionariedade para definir os crimes hediondos, conceito jurídico por demais abstrato, o que faz com que a reserva legal se aproxime muito de uma hipótese de interpretação constitucional mediante lei¹⁹⁰. Dizer que conteúdo daquilo que se entende por hediondez ficou à cargo de lei é nada mais é do que reforça a tese aqui defendida de que há ocasiões em que os limites são efetivamente constituídos por obra legislativa, mesmo havendo respaldo da Constituição Federal.

¹⁸⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 164, nota n. 607.

¹⁸⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 166-167.

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 233.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34 e ss.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 234.

2.2.2. Restrições limitadas ou submetidas à reserva de lei qualificada

O traço distintivo da restrição sujeita à reserva de lei qualificada consiste no fato de que a autorização constitucional impõe sejam atendidos determinados pressupostos ou ainda o alcance de objetivos específicos¹⁹¹. Assim, a ordem constitucional autoriza sejam feitas restrições, contudo, exige-lhes um *plus*, um algo a mais, daí dizer-se que a atividade legislativa está jungida à consecução de determinadas finalidades.

Contudo, tais afirmações não podem, segundo Suzana Toledo,

fixar uma regra segundo a qual, em se tratando de reservas legais específicas, nenhum espaço de liberdade restaria ao legislador, até porque, tem-se insistido, há uma multiplicidade de situações a ser levada em consideração na justificação de uma interferência legal aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Mesmo quando a Constituição delimita a intervenção na esfera dos direitos fundamentais, especificando certas condições ao legislador, nem sempre há determinação global de limites. A previsão da finalidade da restrição não exclui a liberdade de escolha dos meios¹⁹².

Nada obsta, porém, que o texto constitucional já traga consigo as balizas da atuação legislativa quando da imposição de limites a determinado direito. Aqui, eventual excesso não é aferido pelo controle jurisdicional da adequação dos meios eleitos aos fins colimados, mas sim pela verificação da presença ou não das condições previamente estabelecidas pelo constituinte¹⁹³.

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai-se o HC 73351/SP onde ficou assentado que o artigo 5º, XIII da Constituição Federal¹⁹⁴ não é auto-aplicável, de forma que, a violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal exige lei que estabeleça as hipóteses em que tal medida poder ser autorizada judicialmente¹⁹⁵. Por ocasião do julgamento - quando ainda não havia sido editada

¹⁹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35.

¹⁹² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 167.

¹⁹³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 167.

¹⁹⁴ Artigo 5º, XII da Constituição Federal. É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC 73.351/SP. Ementa: HABEAS COUPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA

a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996 – o Ministro Ilmar Galvão, então relator, argumentou que

a inviolabilidade do sigilo das comunicações estabelecidas no dispositivo em apreço, por encerrar, não apenas uma proibição, mas também uma garantia constitucional, é norma que se reveste de aplicabilidade imediata e direta, possuindo todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, razão pela qual entrou a produzir e efeito desde o momento da promulgação da Constituição. É certo que essa eficácia poderá vir a ser restringida, no interesse da investigação criminal ou instrução processual penal, por meio de lei que discipline as hipóteses e a forma em que, por ordem judicial, tal se possa dar, conforme previsto no referido dispositivo. Essa complementação normativa, todavia, como facilmente se percebe, não diz com a eficácia da proibição, mas com a possibilidade de vir esta a ser refreada, em face dos fins explicitados, o que é coisa diametralmente oposta.

Portanto, não basta a superveniência de lei para que decisão judicial, devidamente fundamentada, é preciso, pois, que haja vinculação da interceptação telefônica, autêntica medida cautelar preparatória, à investigação ou instrução criminal. Alinhado a tal afirmação é o posicionamento, ainda no julgamento retromencionado, do Ministro Marco Aurélio, para o qual

a exceção, segundo o inciso XII do artigo 5º da Carta de 1988, corre à conta apenas das comunicações telefônicas e, aí, o legislador constituinte teve um cuidado maior, até mesmo considera a prática policial. Jungiu a possibilidade de vir-se a ter a interceptação telefônica, primeiro, a uma ordem judicial emanada de órgão investido do ofício judicante, e segundo, mesmo assim, remeteu à legislação que, conforme exposto no inciso XII, deve prever de maneira não exemplificativa, mas exaustiva, as hipóteses e a forma para chegar-se

ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART, 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou o entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude de interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a disciplina-la e viabiliza-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF, 9 mai. 1996. DJ de 09.05.96.

à interceptação. Mais do que isso, colou a interceptação à investigação criminal ou instrução processual.

Logo, não se pode conceber qualquer medida legislativa que venha autorizar a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins outros que não aqueles especificamente delineados no artigo 5º, XII da Constituição Federal. Esta compreensão leva à inexorável conclusão de que o artigo 57, II¹⁹⁶ da Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962 – que institui o Código Brasileiro de Telecomunicações – não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente por autorizar indistintamente a desconsideração da proteção às telecomunicações. Em conclusão, quando determinada restrição fica condicionada à reserva legal qualificada a atividade legiferante tem que perseguir justamente o objetivo traçado pelo constituinte sob pena de ser inconstitucional ou não ser recepcionada, a depender, respectivamente, da superveniência ou não da norma em relação à Constituição Federal de 1988.

2.3. Os limites iminentes

Como visto nos tópicos anteriores, as restrições ou são previstas pela própria norma constitucional ou dela possuem expressa autorização. Não obstante, há casos em que inexistem tais permissivos¹⁹⁷, o que aumenta sobremaneira a possibilidade de conflito ante da possibilidade do cometimento de excessos por parte dos titulares de direitos fundamentais¹⁹⁸.

Surge, desta feita, a impressão de que os direitos fundamentais não sujeitos à limitações diretas ou indiretas não comportariam qualquer tipo de restrição¹⁹⁹. Ocorre que não se pode perder de mira que as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo a impedir a existência de contradição ente si, ou seja, deve-se buscar a consonância entre as

¹⁹⁶ Artigo 57, II da Lei n. 4.117/1962. Não constitui violação de telecomunicação: II – O conhecimento dado: a – ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b – aos intervenientes ao curso da telecomunicação; c – ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo; d – aos oficiais do governo, junto aos concessionário ou permissionários; e – ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

¹⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1237.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 240.

¹⁹⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 168.

decisões básicas da constituição, o que nada mais é do que velar pela primazia da concordância prática e da unidade do ordenamento constitucional²⁰⁰.

A partir dessa diretriz é possível sustentar, com apoio na doutrina de Robert Alexy, a legitimidade da fixação de restrições a direitos fundamentais não jungidos à necessidade de reserva legal. Tal restrição, conquanto seja possível, é excepcional e, por isto mesmo, só pode ser levada à efeito nos casos em que se verifica a colisão entre direitos de terceiros e outros valores assentados no texto constitucional²⁰¹.

A constatação de que as colisões são praticamente inevitáveis se traduz na necessidade de se conferir proteção aos direitos fundamentais, o que implica no exercício do dever de legislar²⁰². É observar que

em decorrência de uma teoria constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais, que o legislador tem uma implícita autorização para regular conflitos entre o exercício de direitos cujas respectivas esferas de proteção se afigurem colidentes, assim como, nos casos em que não haja lei disciplinando os limites necessários, cabe ao juiz, no julgamento do caso, estabelecê-los²⁰³.

Daí decorre, portanto, o entendimento de Peter Häberle, para o qual os limites imanentes são ínsitos aos direitos fundamentais²⁰⁴ e se justificam na exata medida em que os indivíduos assim como a coletividade possuem valores intrínsecos que se realizam de maneira ótima quando se inter-relacionam. E exatamente sobre este enfoque é que J. J. Gomes Canotilho sustenta a existência de uma cláusula de comunidade, na qual os direitos estariam sempre limitados de modo que possibilitando risco de perigo em bens jurídicos essenciais à manutenção da coletividade²⁰⁵.

De outro modo, a teoria das limitações horizontais, ao justificar a existência dos limites imanentes, propõe que o exercício de direitos fundamentais tem como postulado a

²⁰⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*: selección. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48.

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 281.

²⁰² FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158.

²⁰³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 169.

²⁰⁴ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003, p. 54.

²⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1238.

reserva de amizade e de não-prejudicialidade, como óbices – limites – aos pressupostos fáticos e jurídicos dos referidos direitos. A concepção continua sendo aquela segundo a qual o direito fundamental é efetivamente um direito sem restrições. Contudo, tal regra pode ceder ante um diálogo de argumento e contra-argumento ou ainda em relação à ponderação de princípios constitucionais, chegando-se, desta feita, a um ponto ótimo de racionalidade e adequação²⁰⁶. Assim que, para esta teoria, argumenta Canotilho,

os chamados limites imanente são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia²⁰⁷.

A esta argumentação acresce que a ponderação conduz

a construções juridicamente controláveis não carecidas do *background* teórico e metódico de uma teoria reduzida do *tatbestand*, ou seja, uma teoria que recorre à restrição do âmbito de proteção para solucionar questões delicadas de limites de colisões²⁰⁸.

Robert Alexy, por seu turno, justifica os limites imanentes, não por serem decorrência de que as liberdades já seriam limitadas desde o início, o que levaria a idealização de um tipo normativo de cunho restritivo. Ao contrário, Alexy propõe seja alargado o âmbito do *tatbestand*, mesmo que isso implique o aumento dos casos de colisão de direitos fundamentais. Em verdade, o que se expande não é a proteção definitiva, mas sim a proteção *prima facie* e tal expansão possibilita igualmente o alagamento das hipóteses em que tensão entre direitos poderá ser solucionada por meio do resultado de uma ponderação²⁰⁹.

Já José Carlos Vieira de Andrade se posiciona no sentido de que o conteúdo dos direitos fundamentais seria dado pela cláusula de não-perturbação. Logo, os direitos limitar-se-iam entre si de tal forma que o exercício de um iria tão-somente ao ponto de não turbar o exercício dos demais²¹⁰.

²⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1239.

²⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1240.

²⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1240.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 311 e ss.

²¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 218.

Em que pese tais correntes acerca da razão de ser dos limites imanentes, deve-se ter em mira que tais limites existem primordialmente por duas razões. A primeira é o fato de serem ínsitos aos direitos fundamentais²¹¹, a segunda pelo caráter principiológico do qual desfrutam²¹². Noutra compasso, acredita-se que independentemente de adotar-se qual ou tal teoria, a delimitação destes limites prescinde de um jogo de equilíbrio entre bens e valores essenciais tanto individualmente como para a convivência social harmônica²¹³, o que nada mais é do que ponderá-los²¹⁴.

2.4. O limite dos limites dos direitos fundamentais

A ordem constitucional ao mesmo tempo em que convive com a existência dos limites trás consigo um conjunto de parâmetros dentro os quais os estes podem ser impostos, sem que com isso, deixem de ser legítimos²¹⁵. É necessário, pois, levar em consideração que até mesmo as referidas restrições sofrem limitações²¹⁶ que, para Hesse, são barreiras à limitação de direitos fundamentais²¹⁷.

Portanto, ao legislador incumbe observar requisitos formais e materiais para delimitar o âmbito normativo dos direitos fundamentais²¹⁸. Os requisitos formais perfazem uma redoma de proteção a qual recai sobre as exigências de um ato legislativo restritivos de direitos. Adversamente os requisitos materiais se prestam a garantir que a lei restritiva de direitos com o princípio da proporcionalidade, da generalidade e abstração, da não-retroatividade e com a salvaguarda do núcleo essencial²¹⁹.

²¹¹ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003, p. 54.

²¹² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 172.

²¹³ HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Trad. Jürgen Saligmann. Granada: Comares, S.L, 2003, p. 99.

²¹⁴ Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 57 e ss.

²¹⁵ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 185.

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

²¹⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 266.

²¹⁸ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 67.

²¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 622-623.

2.4.1. *Estrutura das leis restritivas*

2.4.1.1. **Necessidade de lei e suas implicações**

Nenhuma restrição ou limite pode ser imposto senão por lei, de modo que os expedientes administrativos não se prestam para reduzir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Ao contrário, o administrador deve agir com fundamento neste ato normativo e no exercício de um poder vinculador²²⁰. Tal requisito é corolário no princípio da legalidade segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei²²¹ e é a contraposição

a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta ultima consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso)²²².

Contudo, este autor – em que pese reconhecer a magnitude de tal requisito notadamente por ser o traço marcante dos Estados de Direito – defende que a exigência de lei para que se estabeleçam os limites deve ser vista com certa cautela. Não se nega que a atividade legislativa nem sempre poderá ser exauriente o bastante para regular todas as hipóteses em que pode haver conflitos entre direitos fundamentais, mas nem por isso casos envolvendo choques de liberdade deixam de chegar ao Poder Judiciário. Neste caso, defende-se que o juiz estaria sim autorizado a, por intermédio de um critério de ponderação, restringir um em detrimento da salvaguarda de outro que à vista de um caso concreto possui maior peso.

A propósito, não há lei limitando as hipóteses em que um sujeito poderia eventualmente e contra sua vontade ser submetido à exame de DNA, mas nem por isso o judiciário poderia se quedar inerte e não se pronunciar quando tal pretensão fosse deduzida em juízo. Tanto é assim que se trouxe acima exemplos colhidos da jurisprudência e isto nada mais é do que se conceber o Poder Judiciário como guardião do Estado de Direito, da unidade e higidez do ordenamento constitucional.

²²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998. v. IV, p. 304.

²²¹ Artigo 5º, II da Constituição Federal. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

Portanto, quando este autor sustenta a necessidade de lei para que sejam feitas restrições o que pretende afirmar é que, acaso o legislador volte seus esforços para proceder à imposição de algum limite, o meio correto e hábil a estabelecê-lo é a lei. Estas considerações pessoais são corroboradas pelo entendimento de Luiz Fernando Calil de Freitas, para quem:

[...] a pratica de atos que importe afetação desvantajosa de direitos fundamentais sem expressa ou implícita autorização constitucional e legal impossibilitada, sem embargo de poder a Administração Pública, para solucionar casos concretos afetos às suas atribuições, ter acesso direto à normas de direitos fundamentais. Em tais situações, a mesma autorização implícita à lei restritiva, possibilita o ato administrativo que veicula ponderação dos bens em conflito de molde a concretizar as normas constitucionais aplicáveis à espécie. O que já não se admite como possível é a atuação do administrador com foros de restrição genérica, abstrata e impessoal, eis que a tanto somente a lei pode chegar em decorrência do princípio da legalidade²²³.

E mais adiante exemplifica:

figure-se aqui a hipótese de casa noturna que realiza espetáculos que, de alguma forma, exponham pessoas a situações ofensivas à dignidade humana. A inexistência de previsão legislativa em tal sentido, a nosso juízo, não obsta de forma absoluta a que o poder público, no exercício do poder de polícia, pratique ato administrativo tendente a fazer cessar tal atividade. O que não seria admissível é a normatização, por ato que não seja lei em sentido formal, de tais comportamentos: tal tarefa, por certo restritiva de direitos fundamentais, ainda que visando à proteção de outros bens constitucionalmente protegidos, incumbe ao Poder Legislativo²²⁴.

Feitas estas observações pessoais, é preciso salientar que a atividade legiferante deve ter sempre em mira a busca, no próprio texto constitucional, do fundamento para o exercício de suas competências, conferindo, desta feita segurança às relações sociais²²⁵. Não fosse suficiente, exige-se também - até mesmo como

²²³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188.

²²⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188, nota n. 691.

²²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 623.

imperativo de segurança – que a lei restritiva indique com precisão e clareza os direitos que, por intermédio dela, são objeto de proteção²²⁶, o que possibilita também o controle judicial destes atos.

A lei, entretanto, por mais precisa que seja ainda sim não se presta, por si, para restringir direitos fundamentais. Canotilho aponta ainda que este ato deve, da mesma maneira, dirigir-se a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, regulando, deste modo, indeterminados ou indetermináveis casos²²⁷. Logo, não se pode conceber restrições casuísticas ou pontuais sob pena de restarem violados os ditames da igualdade material²²⁸.

Exatamente sob este mesmo argumento que repousa a tese no sentido de que não apenas as leis individuais e concretas são ilegítimas, mas também aquelas que têm uma aparência de abstração, mas que na prática produzem efeitos concretos, ou seja, as leis abstratas com efeitos concretos. Por este motivo que Jorge Miranda aduz que ficam proibidas tanto as leis individuais como as leis gerais e concretas²²⁹, que consistem em medidas que formalmente contêm uma determinação abstrata, contudo, materialmente – de acordo com os efeitos que lhes são próprios – voltam-se à regular determinadas pessoas ou situações²³⁰.

Paralelamente ao dever de clareza, abstração e generalidade também como imperativo de segurança jurídica não são admitidas leis restritivas com efeitos pretéritos, ou seja, que atribuam conseqüências jurídicas a fatos verificados em momento anterior à sua entrada em vigor. A doutrina se controverte, segundo Canotilho, no sentido de saber se a referida imposição é aplicável apenas às hipóteses de retroatividade total ou se é extensível de igual modo a retroatividade parcial²³¹.

Jorge Miranda, no que é acompanhado, entre nós, por Luiz Fernando Calil de Freitas²³², argumenta que

as leis restritivas não podem ter efeito retroativo (art. 18º, n. 3, após 1982) – porque leis retroativas envolvem pessoas e *actos*

²²⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998. v. IV, p. 305.

²²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 625-626.

²²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 73.

²²⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998. v. IV, p. 305.

²³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 625-626.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 627.

²³² FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 192.

determinados ou determináveis e, por conseguinte, não revestem caráter geral e abstrato e ofendem a confiança dos cidadãos, a proteger – embora em graus variáveis – tanto nas relações materiais como processuais. Não pode haver não só leis restritivas (ou seja: que se apliquem a situações já esgotadas) mas também leis restritivas parcialmente restritivas (quer dizer: a situações findas no passado e ainda não terminadas)²³³.

A segurança jurídica, com princípio geral de direito, não pode ser deixada à margem mesmo quando se tratam de fatos que aconteceram no passado, mas cujos efeitos se protraem no tempo. O que se pretende conferir é segurança aos fatos, levando-se em consideração para tanto, o momento em que perfazem os requisitos necessários para ingressarem no mundo jurídico, pouco importando, para esta finalidade, se os efeitos deles decorrentes já se exauriram anteriormente à lei ou se, do contrário, se prolongam para além da vigência da lei restritiva.

2.4.1.2. Proibição de excesso e proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

O estabelecimento de um critério hábil a pautar a atividade do Poder Legislativo quando da elaboração de leis passa, acredita-se, pelo reconhecimento de uma essência a ser preservada em cada direito fundamental. Isto é, a lei pode sim validamente restringir determinado direito fundamental, – desde que sejam observadas as características já mencionadas – porém, é preciso preservar seu núcleo. É o que se deflui validamente do já mencionado artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal²³⁴.

Cumpre-se observar que alguns países, tais como Portugal e Espanha, consagraram textualmente a necessidade da proteção daquilo que Jorge Miranda denomina de conteúdo essencial dos preceitos constitucionais²³⁵, ou ainda nos dizeres de Canotilho, o princípio da salvaguarda do núcleo essencial²³⁶, que tem como finalidade servir de óbice contra o abuso do poder, limitando, assim, a atividade do legislador²³⁷.

Em que pese o ordenamento constitucional brasileiro vigente não estabelecer a consagração de tal princípio, seu reconhecimento se impõe vez que os direitos de liberdade conquanto sejam concebidos como garantias institucionais merecem ser

²³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998. v. IV, p. 306.

²³⁴ Artigo 60§, 4º, IV, da Constituição Federal. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias fundamentais.

²³⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, v. IV, p. 340.

²³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 630.

²³⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, v. IV, p. 341.

protegidos em sua essência mesmo que minimamente evitando, assim, restrições desproporcionais²³⁸. Dentro deste contexto, há duas teorias que se giram em torno da proteção do núcleo essencial, ou núcleo duro dos direitos fundamentais, quais sejam; a teoria absoluta cujos adeptos sustentam que esta essência seria intangível, estabelecida abstratamente²³⁹ e, como seu contraponto, a teoria relativa, segundo a qual o limite essencial há de ser fixado em cada caso, mediante a ponderação de bens ou valores²⁴⁰.

Mas o fato é que como bem adverte Gilmar Mendes tanto uma quanto outra corrente não se prestam adequadamente a estabelecer um critério por meio do qual se pode chegar validamente ao coração destes direitos. Se de um lado difícil é estabelecer em abstrato o mínimo essencial de um determinado direito fundamental, de outro a adoção da teoria relativa poderia ampliar sobremaneira o leque de possibilidades relativamente à flexibilização dos direitos em apreço²⁴¹.

Neste sentido, Vieira de Andrade obtempera ambas as correntes propondo sejam complementares entre si, ou seja, por meio de um juízo de ponderação – teoria relativa, portanto – se chegaria a um núcleo essencial absoluto, um mínimo de valor a ser preservado, concluindo que a proporcionalidade seria um elemento inato ao poder de limitar direitos fundamentais conferido ao legislador²⁴². Peter Häberle também aponta para a necessidade de se vincular reciprocamente os objetivos da teoria absoluta e da teoria relativa, por meio dos quais se pode chegar a um ponto conciliador²⁴³.

Justamente sobre este dever de proteção de um núcleo mínimo, essencial dos direitos fundamentais que se sobreleva a importância da proibição de excesso, isto porque o legislador não pode agir deliberadamente em matéria de direitos fundamentais sob pena de, em última análise, afrontar o próprio direito garantido e, por conseguinte, a dignidade da

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 242/243. Cf. SILVA, Christine Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 135.

²³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 631.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43/44.

²⁴¹ MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44/45.

²⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 234/235.

²⁴³ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003, p. 67.

pessoa humana²⁴⁴. Neste compasso, salvaguardar o núcleo duro das liberdades em apreço é garantir, na mesma medida, a primazia da pessoa humana que nos dizeres de Rizzatto Nunes

[...] é o principal direito fundamental constitucionalmente garantido [...]. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para chegar ao equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. [...] Esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional²⁴⁵.

Se tal postulado permeia todo o ordenamento jurídico e encerra um plexo de valores civilizatórios internalizados é preciso se conferir-lhe satisfação no cotidiano das relações²⁴⁶, sejam elas entre particulares ou entre estes e o Estado. A proibição de excesso, nesta ordem de idéias, é um parâmetro a ser observado pelo legislador, vez que a outorga conferida ao Poder Legislativo no sentido de concretizar direitos fundamentais poderia levar ao esvaziamento por completo do conteúdo dos direitos fundamentais²⁴⁷.

Tal imperativo, também chamado de proporcionalidade em sentido amplo, consiste na averiguação voltada a revelar se as leis restritivas são adequadas, necessárias e proporcionais – proporcionalidade em sentido estrito. Assim, as referidas medidas têm que guardar correspondência com os fins por elas invocados sem, contudo, serem desnecessárias – isto porque, se houver outra maneira mais eficaz para produção do mesmo resultado a restrição não será constitucional²⁴⁸. A questão não passou despercebida por Jairo Gilberto Schäfer que com precisão leciona que

a invasão na esfera de direitos do indivíduo deve, sempre, ser a menor possível, devendo somente ocorrer a intervenção quando esta for estritamente necessária à proteção do interesse público. Sempre que o legislador ou o administrador público tiver várias possibilidades concretas para atingir uma finalidade, todas com a mesma eficácia,

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 119 e ss.

²⁴⁵ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45-46.

²⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 94-95.

²⁴⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 134.

²⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 628-629.

deve optar, obrigatoriamente, por aquela que menos agrida os direitos individuais²⁴⁹.

Ocorre que o limite pode ser adequado, necessário e mesmo assim ser incompatível com a ordem constitucional em vigor, portanto, é de importância lapidar que seja justo, é dizer, as conseqüências oriundas de sua imposição devem ser ajustadas, proporcionais aos resultados pretendidos pela lei²⁵⁰. A análise destes critérios de controle dos resultados restritivos perfazem o princípio da proporcionalidade, que por seu turno, tem como subprincípios justamente a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito²⁵¹. Daí, portanto, que o estudo dos limites dos limites dos direitos fundamentais deságua no princípio da proporcionalidade de modo que a problemática que gravita em torno da constitucionalidade ou não em matérias de leis restritivas de direitos fundamentais, é acima de tudo, um debate acerca do princípio da proporcionalidade que é decorrência direta do próprio conteúdo destes direitos²⁵².

²⁴⁹ SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteções e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108-109.

²⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina 1991, p. 628-629.

²⁵¹ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79-82.

²⁵² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 104.

3. OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1. Breves considerações ao *due process of law* no direito norte-americano

De plano, mas nem por isso descendo às miudezas das origens históricas, o substrato jurídico do princípio da proporcionalidade remota à origem do próprio homem²⁵³. Visualizada pela primeira vez no fenômeno jurídico por Aristóteles²⁵⁴ a proporcionalidade – redescoberta modernamente tem vasta aplicação no Direito Administrativo²⁵⁵ – mas que se encontra igualmente vinculada à teoria dos princípios²⁵⁶.

Em que pese o fato de que o desenvolvimento da construção dogmática acerca da proporcionalidade ser imputada aos alemães não se pode desconsiderar que os norte-americanos já o tinham desvendado sob o rótulo de razoabilidade²⁵⁷. Neste especial, cumpre-se notar que a América, enquanto colônia inglesa foi por muito regida por “cartas o estatutos de *la Corona*”, as quais previam que as Colônias poderiam elaborar suas próprias leis, desde que razoáveis e não contrárias às leis da Inglaterra e, por conseguinte, aos desígnios do Parlamento Inglês. Instalou-se, assim, a possibilidade de revisão dos atos normativos, de modo a possibilitar que as leis coloniais fossem aplicadas desde que em conformidade com as leis do Reino²⁵⁸.

Em momento posterior, precisamente em 1803, a Suprema Corte norte-americana tratou de firmar a supremacia da Constituição impedindo a aplicação de leis com ela incompatíveis. O *leading case* de tais conclusões foi o célebre caso *Marbury v. Madison* que, para além de reconhecer a posição de superioridade do texto constitucional, consolidou o entendimento segundo o qual todos os poderes a ele devem observância, tudo sob os olhares atentos do Poder Judiciário que tem competência para anular atos que lhes sejam contrários. Não se discute também que o modelo de Estado verificado nos Estados Unidos – o federalismo – permite que sejam contrastados atos normativos estaduais em face da Carta Magna e das leis federais, pelo que se passou a conhecer de recursos contra decisões de

²⁵³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 71.

²⁵⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 398.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111.

²⁵⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 59.

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 60-61.

tribunais estaduais²⁵⁹. A independência da Suprema Corte estadunidense também fica caracterizada nas considerações de Harris segundo as quais

sob a égide de uma Constituição escrita, que vagamente divide os poderes do Governo entre os três grandes departamentos e encerra estruturalmente as teorias do federalismo dualista e a separação de poderes, os tribunais alcançaram um grau de independência com respeito ao regulamento estatutário e controle que não existe em qualquer outro país²⁶⁰.

Este mecanismo de controle judicial dos atos estatais inaugurado nos Estados Unidos atrelado ao princípio do *due process of law* vem conferindo ao longo dos tempos maior efetividade à proteção de direitos fundamentais. Isto porque se permite, por esta maneira, aos órgãos julgadores promover limites ao labor legislativo e executivo por intermédio da mensuração do grau de razoabilidade presente nestas atividades²⁶¹. Com efeito, a cláusula do devido processo legal foi cunhada ainda em 1215 na Carta do Rei João Sem Terra – *Magna Carta de Libertatibus* ou *Great Charter* –, na Inglaterra²⁶², por meio da qual ficou patenteado de forma expressa, em seu parágrafo 39, que

nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

Entretanto, não obstante a previsão anterior no direito inglês foi no sistema americano que o *due process of law* ganhou novas dimensões notadamente em face da adoção do *judicial review* dos atos parlamentares, o que propicia lhe seja conferido maior concretude²⁶³. A propósito, as emendas quinta e décima quarta à Constituição americana prevêm, respectivamente:

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3-10.

²⁶⁰ Apud SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 162.

²⁶¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 63.

²⁶² SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 15-22.

²⁶³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 73.

V. Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.

XIV. Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo regular, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis²⁶⁴.

Desta feita é que surge, nos Estados Unidos com o fito de proteger os indivíduos aquilo que se chama de *standard* ou apenas o preceito do devido processo legal²⁶⁵, que segundo Daniel Sarmento²⁶⁶, possui três grandes marcos ou fases²⁶⁷. A primeira delas decorreu de uma torrente de casos denominada de *Slaughter Houses Cases*, ocasião em que a Suprema Corte se posicionou no sentido de que os juizes não podiam adentrar no mérito das deliberações legislativas²⁶⁸. Trata-se do viés procedimental do devido processo que se traduz em um comando orientado no sentido de se garantir aos cidadãos o direito a um processo ordenado²⁶⁹, ou como pretende Pedro Machete,

²⁶⁴ SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 417-419.

²⁶⁵ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 150.

²⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 83.

²⁶⁷ Registre-se, contudo, o entendimento de Fábio Corrêa Souza de Oliveira para quem não se tratam de três fases, mas sim de duas, quais sejam, a fase processual e a fase material. In. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 74.

²⁶⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 64.

²⁶⁹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 12.

na exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (*fair procedure*). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de confrontar as posições dos adversários (*confrontation and cross-examination*)²⁷⁰.

Em um segundo momento, passou-se a reconhecer a violação ao devido processo legal em casos em que as leis intervinham, indevidamente, em áreas tidas como sensíveis do direito, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, sem qualquer demonstração da concreta existência de um sobreposto interesse público justificante de tal intervenção²⁷¹. O marco inaugural deste período – *substantive due process of law* – foi o caso *Lochner v. New York*, oportunidade na qual se discutia a constitucionalidade de determinada lei do Estado de Nova Iorque que estabelecia limites à jornada de trabalho para a classe dos padeiros. Por ocasião deste *leading case* foi declarada a inconstitucionalidade desta lei ao argumento de que o contrato de trabalho poderia veicular livremente ao talante das partes e sem embaraço de qualquer ingerência estatal as suas cláusulas²⁷².

A Suprema Corte norte-americana passou a averiguar não apenas a forma, mas igualmente da essência dos atos emanados do Poder Público. Se na primeira fase a única alternativa de controle contra o mau conteúdo das leis era a atuação popular por intermédio das eleições, este segundo momento privilegia o controle material das normas por intermédio da relação travada entre conduta, finalidade e direitos fundamentais²⁷³. Não por outra razão que Suzana de Toledo afirma que a fase substantiva do *due process of law* ficou caracterizada por relevar uma imensa gama de decisões com fundamento em um juízo de razoabilidade por demais exagerado²⁷⁴.

Estes julgados, no mais das vezes, serviram como verdadeiras proteções os ideais emanados dos princípios do *laissez faire, laissez passer* – pelos quais, no entendimento de Paulo Roque Khouri, as partes teriam sobre quaisquer terceiros melhores condições para

²⁷⁰ Apud XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, procedimento e do processo tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 161-162.

²⁷¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 245.

²⁷² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84.

²⁷³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 74.

²⁷⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 64.

regularem e disporem sobre seus interesses²⁷⁵ – mas que, por conseguinte, impediam a instalação de um direito social na América do Norte²⁷⁶. Assim é que se deu o auge das liberdades individuais uma vez que o interesse primordial efetivamente não eram aqueles com assento em interesses coletivos²⁷⁷. Ocorre que tais posicionamentos, por intervirem sobremaneira nas relações econômicas acabaram por entrar em atrito com as políticas intervencionistas adotadas no período que sucedeu o *crack* da Bolsa de Nova Iorque, assim foi que o foco de aplicação da cláusula do devido processo legal passou a ser tão-somente os direitos fundamentais²⁷⁸.

Com efeito, neste terceiro período a Suprema Corte deixa de admitir o *judicial control* relativamente a temas econômicos. No entanto, se por um lado assuntos específicos deixaram de ser objeto de controle judicial, o princípio do devido processo legal ganhou ainda maior campo dentro da sistemática dos direitos fundamentais, notadamente no direito à privacidade²⁷⁹.

Portanto, da garantidora das leis com reflexos nos vários setores econômicos a cláusula do *due process of law* passou a ser o limite da ingerência legislativa na esfera dos direitos individuais. Neste sentido, Castro aduz que

[...] esse verdadeiro abandono da garantia do devido processo legal como mecanismo de intromissão na judicial na economia dos negócios privados, é interessante notar que essa cláusula constitucional estaria destinada a trilhar novos caminhos exegeticos, exurgindo como o grande escudo protetor das liberdades individuais “não econômicas”. [...] a consagração do “Estado Social” e a retratação da interferência judicial na organização do domínio econômico e social, a cláusula do *due process of law* passa a ser cada vez mais aplicada em *non economic matters*, experimentando uma magnífica revitalização como instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades ditas personalistas e de caráter não econômico

²⁷⁵ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Contratos e responsabilidade civil no CDC*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 24.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 84.

²⁷⁷ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 157.

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 85.

²⁷⁹ PAMPLONA, Daniele Anne. *Devido processo legal: aspecto material*. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 59.

(*non economic liberties*), quais sejam aquelas reputadas essenciais ao exercício da personalidade humana e, ainda, da cidadania²⁸⁰.

O direito contemporâneo, típico do Estado Social onde o devido processo legal ganha maior vulto caracteriza-se pela busca da justiça distributiva e da prevenção das desigualdades sociais, o que o faz mediante a edição de microssistemas de proteção representantes das minorias – criança e adolescente, incapacitados, idosos, mulheres, índios, por exemplo –, divisão social dos riscos, previdência social e pela busca do equilíbrio material entre as partes, tudo plasmado nos ditames de eticidade, solidarismo e razoabilidade²⁸¹. Neste sentido, a Constituição brasileira em muito avançou vez que não apenas garantiu direitos de terceira geração, mas cuidou de conferir-lhes proteção e sob este prisma é possível conceber o Estado brasileiro como um legítimo *Welfare State*²⁸².

3.2. O devido processo legal na ordem constitucional brasileira: a proporcionalidade em sentido amplo

O princípio da proporcionalidade não é explicitado em qualquer passagem das Constituição Federal de 1988, no entanto, nada impede seu reconhecimento dentro da ordem constitucional brasileira com o traço característico de ser um de seus pilares fundamentais. De fato, a essência do princípio em questão já se extrai validamente da noção de Estado de Direito estampada já no preâmbulo da Magna Carta²⁸³.

Outro ponto que é digno de nota consiste no fato de que, conquanto não esteja literalmente previsto com os contornos que se lhe pretende conferir neste trabalho, a Constituição Federal, quando do advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, inovou ao estabelecer em seu artigo 5º, inciso LXXVIII²⁸⁴ o direito fundamental à razoável duração do processo. Ocorre que, a proporcionalidade ou razoabilidade são estruturas que pré-existem a tal comando normativo, de modo que a sua incorporação no mundo jurídico não trás o marco a partir do qual se pode verificar a presença das referidas cláusulas no ordenamento. É o que se pretende demonstrar a partir de então.

A dificuldade de se precisar a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade é resultante justamente do fato de que, por tradição, tal postulado remontou

²⁸⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 69.

²⁸¹ SUXBERGUER, Antonio Henrique Graciano. A curadoria das fundações situadas no Distrito Federal. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: jan/mar 2005, ano 4, n. 14, 2005, p. 225-259.

²⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 373.

²⁸³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Sousa de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109.

²⁸⁴ Artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

uma garantia meramente procedimental²⁸⁵. Canotilho aponta que para alguns a proibição de excesso – denominação atribuída pelo referido jurista lusitano para o princípio da proporcionalidade – é consequência do estado de direito, já para outros está conexas com os direitos fundamentais²⁸⁶.

De fato, Paulo Bonavides assevera que

a adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual com a aplicação deste princípio, saiu admiravelmente fortacelado. Converteu-se em princípio constitucional, por obra da doutrina e jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça. Contribui notavelmente para conciliar o direito formal com o material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional²⁸⁷.

Em contraposição, Castro sustenta a fundamentação do princípio da proporcionalidade na cláusula do *substantive due process of law*, a qual deve ser preenchida pela atividade criativa e exegética do Poder Judiciário na salvaguarda da supremacia da Constituição. O retrocitado autor argumenta ainda que a constituinte originário perdeu a oportunidade de sacramentar de uma vez por todas a matriz desse postulado de notável importância constitucional, mas ao mesmo tempo, tratou de estabelecer no rol dos direitos fundamentais a garantia do devido processo legal, da qual decorre não apenas a razoabilidade, mas também outras manifestações contra as investidas descabidas do Poder Público, tais como a necessidade de motivação dos atos, o requisito da legalidade e o sentimento de justiça²⁸⁸.

Ocorre que, ao contrário do que leciona Canotilho, este autor ousa propor outra solução. Em verdade, acredita-se que não há incompatibilidade entre as duas correntes sugeridas pelo constitucionalista português, de forma que são complementares. Em outras palavras, sustentar que o princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado de Direito é, por via oblíqua, afirmar que também derivam dos direitos fundamentais isto porque como bem

²⁸⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 68.

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 266.

²⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 399.

²⁸⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 381.

contra-argumenta Oliveira, tal estado não existe onde não estes direitos não sejam garantidos²⁸⁹. Suzana Barros também se posiciona no sentido que não há razão para se traçar duas orientações na busca da *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade, uma fundada no estabelecimento de Estado de Direito e outra na sistemática dos direitos fundamentais, visto que este modelo estatal é, por definição, segurador de liberdades individuais²⁹⁰.

O que se pretende clarificar é que o postulado da proporcionalidade repousa suas raízes tanto da configuração do estado como sendo um Estado de Direito como nas garantidas às liberdades individuais. Ocorre que dentre essas garantias, verifica-se uma identificação mais próxima do referido dogma com o direito fundamental ao devido processo legal, conclusão esta que encontra guarida na doutrina de Gilmar Mendes para quem

[...] o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law*²⁹¹.

Delineados os contornos da matriz da proporcionalidade cumpre-se analisar qual seja sua função. De plano, verifica-se que, da mesma forma que demais princípios gerais de direito, a proporcionalidade goza de um conteúdo aberto²⁹² que se traduz em um comando interpretativo tendente a verificar se os atos emanados do Poder Público foram editados com arrimo no valor superior em toda ordem jurídica, qual seja a justiça²⁹³. Na tentativa de conceituar o princípio da proporcionalidade Bandeira de Mello sugere que por seu intermédio as competências administrativas não sejam exercidas para além do estritamente necessário para o alcance do interesse público que as subordina²⁹⁴.

O conceito trazido à baila ajuda, porém não fixa exatamente o que venha a ser tal postulado tamanho seu conteúdo axiológico. Mas nem por isso se pretende dizer que o

²⁸⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Sousa de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111.

²⁹⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 98-100.

²⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

²⁹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 146.

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 224.

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.

referido administrativista esteja errado, pelo contrário, suas colocações além de precisas se coadunam com o que se defende nesta pesquisa. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade exige um complemento e esse complemento, não se nega, possui sim um certo subjetivismo. Contudo, se a busca pelo proporcional estiver pautada pela realização de da dignidade da pessoa humana, da necessidade de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e pela unidade da constituição, acredita-se que parte deste subjetivismo estará mitigado.

Tais considerações são por demais importantes notadamente porque o princípio da proporcionalidade usualmente reconhecido no direito administrativo onde tem como objetivo o controle de atos do poder executivo, já passa a ser apontado também como meio de controle de atos legislativos, especialmente das leis restritivas de direitos fundamentais ou daquelas que lhes imponham condicionantes²⁹⁵.

Modernamente já se admite o controle do poder conformador do Legislativo²⁹⁶, isto porque ao apreciar se determinada lei é ou não arbitrária o órgão julgador, invariavelmente, apõe sua própria concepção acerca do que seja razoável²⁹⁷. Com efeito, os atos legislativos, por estarem sujeitos ao controle finalístico, não estão livres do fim. Neste passo Canotilho aduz que

contra uma concepção tão absoluta de lei como ato livre no fim, movem-se hoje duas poderosas críticas que tendem a assinalar dois momentos teleologicamente relevantes nos atos legislativos: (i) em primeiro lugar, a lei tem, por vezes, função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma.

Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da

²⁹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 417.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 231.

²⁹⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 216.

constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação impor limites materiais da não contrariedade, razoabilidade e congruência²⁹⁸.

Portanto, mais importante do que se estabelecer um conceito acerca da cláusula da proporcionalidade – principalmente diante da sua carga axiológica – é deixar bem demarcada a sua função, que consiste em linhas gerais, em fazer frente ao abuso de poder.

O exercício da função legislativa se revela uma atividade de classificação jurídica. Desta maneira classificam-se pessoas e bens de acordo com os mais variados critérios fáticos para atribuir-lhes a cada grupo efeitos jurídicos igualmente vastos. Ocorre que esta atividade taxionômica precisa ser racional e razoável de modo a atingir finalidades constitucionalmente amparadas²⁹⁹.

Verificou-se, com o passar dos tempos que o princípio da legalidade não foi suficiente para combater os abusos estatais. Logo, ao lado do princípio da legalidade a razoabilidade atua de modo a evitar a produção de leis excessivas ou por demais restritivas. Do contrário, sem que houvesse limites ao poder de legislar os direitos poderiam ser até mesmo extirpados, vulnerando, deste modo, o ideário de Estado de Direito³⁰⁰. A relação de complementariedade entre o princípio da legalidade e o da proporcionalidade não foi desconsiderada por Castro, porquanto veja-se,

sabido que a cláusula do devido processo legal não logrou ser reduzida a nenhuma fórmula precisa e acabada nos sistemas constitucionais que a adotam, seja de maneira explícita ou implícita, essa garantia acabou se transformando num postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de um direito justo, isto é, consentâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à organização do convívio social. [...] Trata-se, em verdade, de um estágio superior e hipercriativo do dogma da legalidade, onde o mesmo é elevado à potencia de ideal supremo de justiça nas nervosas relações entre a autoridade constituída e as autonomias individuais e coletivas³⁰¹.

²⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 1026.

²⁹⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 152-211.

³⁰⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 96.

³⁰¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 152-153.

Esta junção traz consigo uma modificação do panorama de concepção e aplicação do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988. Em decorrência, a reserva legal em matéria de leis restritivas precisa estar envolta naquilo que Freitas denomina de “princípio da reserva legal restritiva proporcional”³⁰², ou, ainda, nos dizeres de Barros, “reserva legal proporcional”³⁰³.

3.2.1. Os três aspectos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Steinmetz aduz que a melhor compreensão do princípio da proporcionalidade requer a análise mais detida de seus princípios parciais³⁰⁴. Alias, não só o estudo do postulado em apreço exige sua decomposição em subprincípios, mas também sua aplicação aos casos concretos revela a existência de três elementos, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁰⁵.

De fato, se a cláusula da proporcionalidade pode eventualmente fulminar atos legislativos por serem contrários às normas constitucionais é preciso compreendê-la de forma mais abrangente possível, vez que o vício pode estar justamente nas entranhas daquilo que se concebe como razoável. Contudo, o reconhecimento de três elementos na estruturação do princípio da proporcionalidade pode levar o intérprete à conclusão de que a análise da necessidade da medida restritiva, por exemplo, pode preceder ao questionamento acerca de sua adequação, ou ainda, que esta pode ser superveniente ao estudo da proporcionalidade em sentido estrito. Esta conclusão é equivocada, uma vez que a análise destas sub-regras é subsidiária, de modo que o juiz pode perfeitamente confrontar determinado ato normativo com apenas uma delas, e se entender que não houve observância a ela especificamente se torna dispensável que proceda à análise das demais³⁰⁶.

Por tais razões é que Freitas sustenta que

acaso o exame da adequação revele que o meio empregado tenha sido inadequado, de pronto estará caracterizada a afronta ao princípio da proporcionalidade e será totalmente desnecessário o exame de suas

³⁰² FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 206.

³⁰³ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 96.

³⁰⁴ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148.

³⁰⁵ REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 37.

³⁰⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro: Abril, v. 789, 2002, p. 23-50.

Segue-se, com Larenz, que o dever de necessidade significa que a lesão decorrente da imposição de limites aos direitos fundamentais não pode ir além do estritamente necessário para a realização da finalidade a que se propõe³²¹. Todas estas considerações convergem para o fato de que os cidadãos têm direito à menor desvantagem possível e como trazem à tona a noção de que os cidadãos têm o direito³²².

Cumpre-se notar que o dever de necessidade trás consigo o requisito da adequação, porquanto, só há que se falar em imprescindibilidade da medida se, antes ela for idônea e hábil ao alcance do fim constitucional³²³. Outro ponto identificador entre as duas sub-regras consiste no fato de que ambas derivam do fato dos princípios serem definidos como mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas³²⁴. Apesar de terem essa proximidade, ambos os conceitos não se confundem. Como bem adverte Luís Virgílio a diferença entre o dever de necessidade e o dever de adequação consiste no fato de que o exame do daquele é estritamente comparativo, ao passo que o da adequação é um exame absoluto³²⁵.

Com base neste entendimento o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Resp n. 443.310/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, negou provimento, por unanimidade, ao recuso especial interposto pela União Federal contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Manteve-se o acórdão impugnado ao argumento de que a gratuidade de transporte concedido aos agentes de fiscalização do trabalho, nos termos do artigo 630, parágrafo 5º da CLT³²⁶, não se estende ao transporte especial, este caracterizado por conferir maior conforto aos usuários e, por isso mesmo, ser mais caro³²⁷.

³²¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 586.

³²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 268.

³²³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 83.

³²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 114-115.

³²⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro: Abril, v. 789, 2002, p. 23-50.

³²⁶ Artigo 630, parágrafo 5º da Consolidação das leis Trabalhistas. No território do exercício de sua função, o agente de inspeção gozará de passe livre nas empresas de transportes, públicas ou privadas, mediante apresentação de carteira de identidade fiscal.

³²⁷ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RESP n. 443.310/RS. Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. IMPUGNAÇÃO DE MULTA. ART. 630, PARÁGRAFO 5º DA CLT. TRANSPORTE DOS FISCAIS DO TRABALHO. PASSE LIVRE. LINHA SELETIVA. DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE DO ATO. 1. Ação ordinária ajuizada pela recorrente, em que impugnou a multa aplicada por violação ao art. 630, parágrafo 5º da CLT, porquanto, no seu entender, é obrigada a conceder gratuidade legal apenas no tocante ao transporte comum, não se estendendo o referido benefício ao transporte

outras dimensões. Idêntico raciocínio vale para o exame da necessidade do meio. Constatado exagero no meio empregado, em face da existência de meio menos gravoso e igualmente apto à produção do resultado pretendido, desde logo estará patente a ofensa ao dever de proporcionalidade e desnecessário será o exame da proporcionalidade em sentido estrito. Somente no caso de comprovada utilização do meio estritamente necessário por absoluta inexistência de meio menos oneroso aos direitos fundamentais e igualmente apto à produção do resultado pretendido é que se passará ao exame do terceiro nível do princípio da proporcionalidade³⁰⁷.

Em atenção às considerações supracitadas passa-se a abordar, em separado, cada elemento da tríplice dimensão do princípio que Canotilho³⁰⁸ denomina como “a proibição de excesso”.

3.2.1.1. Dever de adequação

Também rotulado como o subprincípio da idoneidade, da pertinência ou da aptidão, o dever de adequação exige que a medida seja compatível com os fins que almeja alcançar. Requer, em sua análise, nada mais do que um confronto entre meios e fins³⁰⁹. Por conseguinte o imperativo de conformidade tem como pressuposto a averiguação e a demonstração de que determinado ato goza de aptidão e que se encontra alinhado aos fins subjacentes à sua adoção³¹⁰.

Entretanto, dizer que a adequação consiste em um estudo entre meios e fins nada adianta se não se souber precisar em quais condições ou circunstâncias uma medida é adequada à consecução de um finalidade específica³¹¹. Diante da dificuldade de ser resolver o problema posto a doutrina vem desenvolvendo um aspecto negativo da sub-regra da adequação por meio do qual será inconstitucional a medida quando, de forma contundente, se apresentar inidônea ao alcance de seus fins³¹².

³⁰⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 207.

³⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 267.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 97.

³¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 268.

³¹¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149-150.

³¹² BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 80.

Logo, quando o judiciário se debruça diante de determinada norma restritiva de direitos fundamentais deve, antes de mais nada, perquirir quais os fins pretendidos pelo legislador e, na seqüência, deve buscar se tal norma se presta, mesmo que em tese, à produção dos resultados firmados pelo Poder Legislativo³¹³. Outro ponto digno de nota consiste no fato de que não se exige que a medida se afigure de plano hábil a produzir os resultados socialmente desejáveis³¹⁴. Como bem pondera Luís Virgílio

adequado, então não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado³¹⁵.

Tal fenômeno, explica Barros, decorre do fato de que a lei no momento de sua elaboração é marcada por uma previsão abstrata cujas conseqüências só se revelam com o transcurso de tempo. Levando em conta a possibilidade da existência dos erros de prognoses é que a adequação deve ser aferida face ao contexto fático em que as leis foram elaboradas e seus objetivos eleitos³¹⁶. Por fim, é oportuno deixar estabelecido, segundo ensinamentos de Steinmetz, que ao juiz não é lícito dizer quais as medidas seriam adequadas, devendo restringir sua apreciação ao fato de determinado meio ser ou não útil, apto ou apropriado³¹⁷.

3.2.1.2. Dever de necessidade

O dever de necessidade também é conhecido como o subprincípio da exigibilidade, do meio mais suave, da intervenção mínima, da indispensabilidade³¹⁸ ou da menor ingerência possível³¹⁹ e requer que a medida limitadora seja imprescindível à manutenção dos direitos fundamentais, sem que, entretanto, possa ser substituída por outra tão eficaz quanto, porém menos onerosa³²⁰.

³¹³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 87.

³¹⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

³¹⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro: Abril, v. 789, 2002, p. 23-50.

³¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 79-80.

³¹⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

³¹⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 99.

³¹⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

³²⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 81.

Por ocasião do julgamento o relator argumentou que “[...] atualmente sobressai no âmbito de atuação da Administração Pública, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando da análise do ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar.

In casu, o denominado “passe livre” para os fiscais do trabalho; e norma destinada à fiscalização. Entretanto, a aplicação da lei autorizadora do livre transito desses agentes não pode importar em maior onerosidade ao concessionário que além da linha de uso comum também oferece linha seletiva de uso especial, com maiores comodidades aos passageiros que se dispõem a pagar uma tarifa mais elevada (grifou-se).

O julgado nada mais fez do que afirmar a idéia de que o direito fundamental à livre iniciativa pode sim ser restringido em homenagem a um valor tão importante quanto, a boa prestação dos serviços públicos. Isto não significa, contudo, que a limitação pode se dar de qualquer maneira, visto que se deve dar primazia àquela que, com mesma eficácia, atinge a finalidade perseguida com menor ônus à pessoa humana. Ora, a boa prestação do serviço dos fiscais fica preservada tanto quando lhes são concedidas a gratuidade na linha comum como na linha especial, mas a concessão do benefício relativamente ao serviço mais caro impõe maior desvantagem ao concessionário do serviço público. Logo não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário.

3.2.1.3. A proporcionalidade em sentido estrito

A medida que fixa limites para o exercício de direitos fundamentais não basta ser adequada e necessária. Portanto, o preenchimento destes requisitos, por si só, não faz

seletivo, que conduz um número menos de passageiros, dispondo de comodidades como ar condicionado, televisão, som ambiente, que o serviço comum não possui, tendo acentuado, ainda, que os passageiros optantes pelo transporte seletivo, pagam uma tarifa maior em razão do diferencial do serviço prestado. 2. A atuação da Administração Pública, deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual se sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade “aquilo que não pode ser”. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado. 4. É excepcional a intervenção estatal no domínio econômico, maxime no sistema da livre iniciativa. Sob esse pálio, a intervenção há de se pautar pela razoabilidade, que *in casu*, recomenda que a concessão de passe livre aos fiscais do trabalho mantenha a finalidade de viabilizar o bom andamento do seu serviço à luz do princípio da menor onerosidade possível. Havendo linhas regulares, com o mesmo itinerário, não há razoabilidade em que os fiscais utilizem-se gratuitamente de um serviço prestado seletivamente. O fato de a lei conceder a esses servidores a possibilidade de deslocamento, não significa que deva ser no meio de transporte mais oneroso. 5. Recurso especial conhecido e improvido. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21out. 2003.

com que o limite imposto seja proporcional³²⁸, sobretudo porque ele pode acarretar um sobrepeso ao direito atingido, fato este que não se coaduna com a noção de justa medida³²⁹.

Guerra Filho sugere que o conteúdo da proporcionalidade em sentido estrito consiste na determinação de uma correspondência ente meios e fins a serem atingidos, o que significa que mesmo existindo desvantagens para os indivíduos é preciso que as vantagens decorrentes da limitação sejam maiores³³⁰. É, em outros termos, o controle da relação que se trava entre o custo da medida e seus benefícios³³¹, de maneira que

meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim³³²

A equitativa distribuição entre os custos e benefícios se traduz em uma atividade de ponderação – não por outra razão que Steinmetz defende que a princípio da proporcionalidade em sentido estrito se confunde com a própria lei de ponderação³³³. Desenvolvendo esta afirmação tem-se que diante de uma situação na qual não se pode chegar ao apontamento do meio menos restritivo, notadamente diante da complexidade do caso – *hard cases* – e de suas repercussões na ordem constitucional, a única maneira de se escolher a medida é a realização da ponderação de bens³³⁴.

3.2.1.3.1. A ponderação como técnica de solução dos *hard cases*: a crise da subsunção

A ponderação, diga-se, é uma técnica de decisão que se utiliza para os *hard cases*, nas quais a mera subsunção não se afigure suficiente à sua elucidação, já que nestes casos existem mais de uma premissa maior com igual envergadura, mas que levam até

³²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro: Abril, v. 789, 2002, p. 23-50.

³²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2003, p. 85.

³³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 68.

³³¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 89.

³³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 269.

³³³ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152-153.

³³⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 86.

resultados divergentes e, por vezes, contraditórios³³⁵. Esta compreensão deixa bem evidente que a dogmática jurídica já reconhece que o processo de subsunção – premissa maior a incidir sobre a premissa menor – tem seus limites, portanto, de acordo com Barroso,

será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m) a se destacar sobre as demais. Essa é a técnica da ponderação³³⁶.

Além de constituir uma técnica de decisão, a ponderação é uma ferramenta posta à disposição do desenvolvimento do Direito. Diz-se, desta feita, que a referida técnica tem o condão de resolver casos para os quais não haja regra expressa ou ainda para delimitar as esferas de aplicação das normas que se cruzam entre si e, assim, concretiza direitos cujo âmbito ficou em aberto³³⁷ de maneira menos traumática possível sem, no entanto, aniquilá-lo³³⁸.

Para Sarmento, a ponderação, aqui considerada como instrumento de hermenêutica, só tem cabimento se estiver delimitada a colisão entre ao menos dois princípios constitucionais irradiantes sobre a mesma hipótese fática. Por isso é que o primeiro processo quando da aplicação deste mecanismo é a identificação do conflito – de modo a estabelecer se efetivamente a hipótese é de confronto ou, do contrário, de um conflito aparente – bem como das normas relevantes para o deslinde da questão³³⁹. Ultrapassada esta etapa, a próxima fase consiste no exame detido das circunstâncias fáticas e conseqüências com os elementos normativos já delimitados na primeira fase³⁴⁰.

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 55.

³³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, v. III, p. 90.

³³⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 587.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 57.

³³⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 99.

³⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. In: *Temas de direito constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, v. III, p. 92.

Mas é na terceira etapa que efetivamente se decide, já que é neste comento que se faz o cotejo entre as normas relevantes e a implicações dos fatos sobre elas, com a finalidade de se fixar os pesos que devem ser conferidos aos vários elementos em cheque³⁴¹ e, portanto, o grupo de normas a preponderar no caso³⁴². Ato contínuo, é preciso identificar o peso específico de cada norma quando do deslinde do problema³⁴³. É, em linhas gerais, decidir, o quão intensamente cada um desses princípios deve prevalecer sobre os demais, sendo que todo esse processo deve ser norteado pela cláusula da proporcionalidade³⁴⁴.

Como visto, os princípios são mandados de otimização e, por conseguinte, todo o procedimento da ponderação dos valores se perfectibiliza sob a lógica dos valores, que em última instância, nada mais representa senão a lógica do razoável³⁴⁵. Ora, se os direitos fundamentais não estão sujeitos à regra do tudo ou nada, o apelo à técnica ponderação – elemento estrutural do princípio da proporcionalidade em sentido amplo – o afigura como o método solucionador das colisões entre direitos fundamentais, vez que possibilita lhes harmonia, sem , que para isso, precise aniquilar um direito em detrimento de outro³⁴⁶.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 58.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. In: **Temas de direito constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, v. III, p. 93.

³⁴³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 104.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. In: **Temas de direito constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, v. III, p. 93.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

³⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1203.

CONCLUSÃO

A complexidade e a fluidez com as quais se desenvolvem as relações sociais fazem com que surjam situações que trazem, ao menos em um primeiro momento, perplexidade para aqueles que se propõem à analisá-las, isto porque há, em tese, duas normas regulando o mesmo fato, de modo a conferi-los conseqüências diversas. De outro lado, coexistem no sistema constitucional vigente o princípio da unidade e da proporcionalidade. Pelo primeiro tem-se que as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas de tal modo a não se excluírem entre si à vista da salvaguarda da higidez dos valores amparados pela Constituição Federal. Já a proporcionalidade exige, em última análise, que se façam as devidas ponderações entre bens e valores de modo a compatibilizá-los, sem que isso implique em amesquinhar um em detrimento de outro.

Daí decorre que a proporcionalidade é a outra faceta do princípio da unidade da Constituição. Com isso quer-se dizer que a harmonia das normas constitucionais tem como pressuposto esta atividade de sopesamento. Por estas razões é que, em matéria de direitos fundamentais, estes princípios ganham ainda maior importância, visto que permitem com que sejam compostos. A noção de composição entre direitos fundamentais permite com que em qualquer situação se mantenha a essência de cada um deles e com isso a própria dignidade da pessoa humana.

O contrário não se pode conceber. Admitir que determinado direito fundamental seja deixado em um segundo plano para que outro seja preservado significa ruir com a cidadania e com a garantia da dignidade da pessoa humana mandamentos característicos do Estado Democrático de Direito. Ademais, se existe um meio para por em termos os conflitos sociais sem que haja a necessidade de anular um direito fundamental, não há razão para aplicação da regra do tudo ou nada. O convívio harmônico e pacífico entre as normas fundamentais não pode ser atingido de maneira radical.

Efetivamente, os direitos fundamentais não de ser concebidos como princípios que se concretizam a depender de um conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas, mas que nunca podem ter seu conteúdo esvaziado. A proporcionalidade permite que se mantenha em cada liberdade fundamental uma esfera mínima que não pode se desconsiderada. Todas estas conclusões também devem ser importadas à atividade legislativa, vale dizer, as medidas restritivas de direitos fundamentais só são legítimas na medida que sejam eficazes, do ponto de vista daquilo que se propõem, e do essencial para garantir a realização de específicos fins constitucionais previamente estabelecidos. Tudo quanto mais

esteja além destes parâmetros não passa pelo crivo da proporcionalidade, portanto, deve ser colocado à margem do mundo jurídico.

Não se pretende, contudo, fazer uma conclusão definitiva. Adversamente, todas estas colocações não só permitem como também exigem do operador do direito que imprima sobre a análise de cada caso concreto toda sua carga axiológica. Contudo, para que os direitos fundamentais não fiquem submetidos à um critério de ponderação muito subjetivo é preciso conferir às decisões judiciais a maior publicidade possível fazendo com que se submetam ao controle social, que é o que legitima das determinações emanadas dos poderes constituídos. Ainda com igual intuito, o Poder Judiciário deve manter um diálogo franco e constante com a coletividade, pois só assim os julgadores poderão captar qual ou quais valores, dentro de tal ou qual circunstância, para grupo social especificamente considerado deve ter maior peso. Esse diálogo além de permitir o controle popular das decisões judiciais possibilita com que elas reflitam com maior perfeição os anseios sociais, tornando-as mais próximas do ideal de justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul./set. 1999, n. 217 p. 67-79.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Vales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 2. ed. Trad. Maria Gustavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica e a constituição de 1988**: interpretação e crítica. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

_____. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Trad. Jürgem Saligmann. Granada: Comares, S.L, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Escritos de derecho constitucional**: selección. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Contratos e responsabilidade civil no CDC**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1998, v. IV.

- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SUXBERGUER, Antonio Henrique Graciano. A curadoria das fundações situadas no Distrito Federal. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: jan/mar 2005, ano 4, n. 14, 2005, p. 225-259.
- VALE, André Ruffino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- XAVIER, Alberto. **Do lançamento**: teoria geral do ato, procedimento e do processo tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A antecipação da tutela e a colisão de direitos fundamentais. **Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, out , n. 64, 1995, p. 395-417.
- ZORZANELLI, Marcelo; MENDONÇA, Martha; BUSCATO, Marcela. Você gostaria que alguém se apropriasse de sua história: o desabafo de Roberto Carlos, irritado com uma biografia não-autorizada, provoca uma reflexão sobre a era das celebridades. **Revista Época**, São Paulo: Dezembro, n. 448, 2006, p. 115- 120.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Derecho a la vida privada y libertad de informacion**. 2. ed. México, DF: Siglo Veintiuno Editores, 1981.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

O' BRIEN, David M. **Constitutional law and politics: civil rights and civil liberties**. 5. ed. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, Inc, 2003, v. II.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Sousa de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PAMPLONA, Daniele Anne. **Devido processo legal: aspecto material**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense.

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteções e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica constitucional e teoria da constituição: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, Brasília Jurídica.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a constituição de 1998**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro: Abril, v. 789, 2002, p. 23-50.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. n. 1, 2003, p. 607-630.