

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FELIPE AUGUSTO FONSECA VIANNA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMPETÊNCIA DE REFORMA
CONSTITUCIONAL: os limites materiais das emendas à Constituição**

Manaus

2012

FELIPE AUGUSTO FONSECA VIANNA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMPETÊNCIA DE REFORMA
CONSTITUCIONAL: os limites materiais das emendas à Constituição**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como pré-requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. MSc. Lucas Catib de Laurentiis

Manaus

2012

FELIPE AUGUSTO FONSECA VIANNA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMPETÊNCIA DE REFORMA
CONSTITUCIONAL: os limites materiais das emendas à Constituição**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como pré-requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. MSc. Lucas Catib de Laurentiis

Prof.

Prof.

Aprovado em ____/____/____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, porque Ele é alfa e ômega, princípio e fim, o que aprenderemos eternamente a conhecer e, por conseguinte, o que nunca saberemos. É a inteligência providencial que dirige as forças para nos dar a inteligência necessária à melhoria dos espíritos. Como dizia Eliphaz Levi, sem Deus, o ser é um nada que se afirma, e a vida, uma morte que se disfarça. A luz é uma noite sempre enganada pela miragem dos sonhos. O primeiro e mais essencial ato de fé é, pois, este. O Ser é, e o ser do ser, a verdade do ser é Deus. O Ser é vivo com inteligência, e a inteligência viva do Ser absoluto é Deus. A luz é real e vivificante; ora, a realidade e a vida de toda luz é Deus. O Verbo da razão universal é uma afirmação e não uma negação. Cegos os que não veem que a luz física é apenas o instrumento do pensamento! Somente o pensamento vê a luz e a produz, empregando-a em benefício próprio.

Também à Maria, nossa mãezinha. Como dizia o cântico: “Levanto as mãos pra te buscar e o meu coração parece desprender de mim pra te alcançar, te abraçar e para te dizer: Eu quero ser teu filho. Me abraça, Maria!”.

Posteriormente, agradeço a meus pais, Sidney e Laíze, que com muito esforço e suor de seus trabalhos puderam me educar para uma vida correta e garantiram todos os meus passos até aqui, como se eu ainda fosse uma criança aprendendo a andar na estrada da vida, mas que se sente segura por ter seus pais segurando suas mãos. Vocês são, para mim, a certeza de que jamais cairei no meio do caminho, pois estão sempre a me segurar. Se hoje eu venci, é porque vocês me fizeram um vencedor.

Aos meus irmãos, Rodrigo, Thiago e Diego, pela convivência e paciência.

A meus avós, Noemi e Alírio (e também João e Hildebrandina, *in memoriam*), por terem possibilitado que meus pais me passassem os valores que vocês transmitiram a eles, valores sem os quais certamente eu não poderia realizar este trabalho.

À minha namorada, Marina Santiago, por aguentar minhas constantes chateações e divagações pelas madrugadas, bem como meu mau humor quando estava sem ânimo para continuar esse trabalho e minha ausência enquanto o escrevia. Menininha, muito obrigado por me deixar entrar em sua vida e nela me guardar. A distância me impede que eu te veja, mas não que te ame. Quando estou com você é como se meu coração fosse explodir, como se meu

peito mal pudesse contê-lo. Como se ele estivesse tentando escapar porque não me pertence mais. Ele pertence a você. E, se você o quiser, eu não peço por nada em troca - nem presentes, nem bens, nem demonstrações de devoção. Nada, a não ser saber que você também me ama. Apenas o seu coração, em troca de meu. “*Eu te amo, isso eu não sei mais mudar. Eu te amo, faz parte de mim te adorar.*” Você é um ponto fixo em minha história.

À Veridiana Max Paschke, minha amiga e responsável por grande parte de minhas alegrias nos últimos anos, inclusive conhecer Marina. Uma música diz que “quem conheceu um amigo jamais morrerá pois os amigos são um pedaço do céu.”. Após conhecer você, tenho certeza absoluta que és um pedaço do céu aqui na Terra.

À minha amiga Louise Francine, companheira de Ministério Público do Estado do Amazonas e que me honra com sua companhia quase diária. Meus dias não seriam os mesmos sem nossas conversas.

À minha prima, Nirvana Fonseca, advogada com quem tive o prazer de trabalhar por muitos anos e que me apresentou à *praxis* do Direito com maestria e honradez, qualidades que infelizmente não costumam andar de mãos dadas no cenário atual.

À Marivan Mattos, a melhor estagiária com quem tive o prazer de trabalhar, por sempre ouvir com atenção as poucas experiências e conhecimentos que lhe transmiti.

À minha madrinha, Angelina Vianna, advogada competéssima e que muito me ensinou, seja na vida, seja no Direito, pessoa pela qual tenho a maior das admirações.

À minha amiga Maria Elizabeth Corker, pelas constantes conversas, orações e pensamentos que sua luz mandou até mim pela da luz universal e que com certeza iluminou minha inteligência para que esta obra pudesse ser feita.

Aos meus companheiros de Ministério Público, Dra. Cley Barbosa Martins, Vinícius Freires Sônia Ferreira e Douglas, pela companhia diária, ensinamentos, aprendizado mútuo e amizade cultivada, o que faz com que o trabalho se torne prazer.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, saudosa Jaqueira, onde comecei a trilhar as veredas do mundo jurídico. Se eu pude ver mais longe, foi por estar nos ombros de gigantes.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por todas as lições que me proporcionaram no complexo e tempestuoso campo do Direito Constitucional.

Por fim, ao meu Orientador, Prof. MSc. Lucas Catib de Laurentiis, pela judiciosa revisão do material e as elogiosas observações, bem como pelo envio de material que enriqueceu por demais o trabalho.

“Ao tribunal foi atribuída a proteção dos direitos fundamentais em face do legislador. Quando da interpretação de um direito fundamental resultarem limites ao legislador, o tribunal deve poder fiscalizar a observância deles por parte dele, legislador. Ele não pode subtrair-se a esta tarefa se não quiser, na prática, desvalorizar em grande parte os direitos fundamentais e acabar com a sua função atribuída pela Grundgesetz.”

BVerfGE 7, 377

RESUMO

Este trabalho objetiva investigar a questão das emendas constitucionais que restringem direitos fundamentais. Trata, especificamente, da interpretação que se deve dar à cláusula pétrea consistente na proibição de deliberação de emendas constitucionais que tendam a abolir os direitos e garantias individuais. Neste sentido, discutimos acerca da dogmática dos direitos fundamentais, em especial sua natureza ambivalente (podendo ser normas expressas por meio de regras ou princípios), seu suporte fático, a possibilidade de sua restrição e a descoberta de seu conteúdo essencial, no caso concreto, a partir do exame do conflito ou da colisão de direitos fundamentais por meio da regra da proporcionalidade e também tratamos acerca da natureza da competência de reforma constitucional e suas limitações materiais. O tema importa, portanto, em reexaminar o trato que a doutrina brasileira vem dando a questão, a fim de racionalizá-lo e oferecer parâmetros de controle mais seguros para se aferir se determinada emenda constitucional se desincumbiu satisfatoriamente do ônus argumentativo imposto pelo poder constituinte à competência de reforma.

Palavras-chave: Poder Constituinte. Competência de reforma. Direitos fundamentais. Regra da Proporcionalidade. Cláusulas pétreas.

ABSTRACT

This study aims to investigate the constitutional amendments that restrict the fundamental rights. It is specifically related to the interpretation that must be applied to the entrenchment clause which consists of the deliberation of constitutional amendments prohibition that tends to abolish individual rights and guarantees. Therefore, we discuss about the dogmatics of fundamental rights, specially, the ambivalent issue of these rights (that could be norms expressed through rules or principles), its scope, the possibility of its restriction and the discovery of its essential core, in a concrete case, from the examination of competing or conflict of fundamental rights though proportionality rules. We also discuss the nature of the competence of constitutional reform and its material limitations. Thus, this study aims to re-examine the way the Brazilian doctrine has seen the matter, in order to rationalize and offer safer control parameters to measure if determined constitutional amendment has satisfactorily acquitted of argumentative onus imposed by the constituent power to the reform competence.

Keywords: Constituent Power. Competence of constitutional reform. Fundamental right. Rule of proportionality. Entrenchment clause.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade

BVerfG - *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

BVerfGE - *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha)

CC - Código Civil do Brasil

c/c - Combinado com

Cf. - Conferir

CP - Código Penal do Brasil

CPP - Código de Processo Penal do Brasil

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988

CTB - Código de Trânsito Brasileiro

EC - Emenda Constitucional

EUA - Estados Unidos da América

GG - *Grundgesetz* (Lei Fundamental de Bonn)

HC - *Habeas Corpus*

Min. - Ministro

MS - Mandado de Segurança

RE - Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

Rel. p./ac. - Relator para o acórdão

STF - Supremo Tribunal Federal do Brasil

STJ - Superior Tribunal de Justiça do Brasil

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1	Pequenas noções propedêuticas: histórico, norma de direito fundamental, dimensões e funções	14
2.2	Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios	19
2.2.1	Regras	20
2.2.2	Princípios	21
2.2.3	Conflito entre regras e colisões entre princípios e entre princípios e regras	21
2.2.4	A lei de colisão	26
2.3	Suporte Fático dos Direitos Fundamentais	28
2.3.1	Conceito	28
2.3.1.1	Elementos do conceito: âmbito de proteção, intervenção estatal e ausência de fundamentação constitucional	29
2.3.2	Suporte fático restrito	31
2.3.2.1	Definição do suporte fático restrito	31
2.3.2.2	Críticas	32
2.3.3	Suporte fático amplo	34
2.3.3.1	Características	34
2.3.3.2	Consequências	36
2.4	Restrições a Direitos Fundamentais	37
2.4.1	Introito: restringibilidade dos direitos fundamentais	37
2.4.2	Teoria Interna	38
2.4.2.1	Críticas	39
2.4.3	Teoria Externa	40
2.4.4	Consequências dogmáticas da adoção das teorias ora defendidas	43
2.4.5	A regra da proporcionalidade	45
2.4.5.1	Adequação	45
2.4.5.2	Necessidade	46
2.4.5.3	Proporcionalidade em sentido estrito	47
2.4.5.4	Proporcionalidade e sopesamento	50

2.4.5.5	Proporcionalidade, teoria dos princípios, limites iminentes, restrições e regulamentações	51
2.4.5.6	Proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais	53
3	A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS	54
3.1	Brevíssimos apontamentos acerca da competência de reforma constitucional (“poder constituinte reformador”)	54
3.2	Limitações à competência de reforma constitucional	57
3.2.1	Limitações materiais: as cláusulas pétreas	57
3.3	Cláusulas pétreas na Constituição brasileira: parâmetro para controle de constitucionalidade de emendas constitucionais	59
3.4	Direitos e Garantias individuais como cláusula pétrea	60
3.4.1	Posição da doutrina nacional	61
3.4.2	Conteúdo essencial dos direitos fundamentais (a restrição das restrições ou o limite dos limites)	63
3.4.2.1	Dimensão objetiva e subjetiva	64
3.4.2.2	Conteúdo essencial absoluto	65
3.4.2.3	Conteúdo essencial relativo	66
3.5	Posição pessoal	68
3.6	Análise de caso: ADIn 3105 (“Taxação dos Inativos”)	70
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a Constituição é reconhecida como a norma superior de um Estado, já que é sobre ela que repousa todo o ordenamento jurídico da nação. Não existe, pois, norma jurídica superior à constitucional.

Embora se reconheça que as Constituições possuem um sem-número de funções, é certo que todas as constituições modernas (em especial aquelas produzidas após as duas grandes Guerras Mundiais, como o caso da nossa Constituição de 1988) têm como principais finalidades dar a necessária unidade ao povo – organizando o novel Estado, dividindo as funções do Poder estatal (constituído) e atribuindo competências – e proteger os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Muitas vezes, como forma de garantir especial proteção a esses direitos e garantias fundamentais que previu, o poder constituinte veda à competência reformadora (“constituída”, e não “constituente”) a abolição de tais direitos, seja de forma clara ou dissimulada – i.e., por meio de artifícios que, apesar de manter no ordenamento o direito fundamental, importam no esvaziamento de seu conteúdo. Esta limitação material imposta à competência de reforma constitucional a doutrina nomeou “cláusulas pétreas”.

Sem embargo, na maioria das vezes esta limitação é prevista de forma genérica nas Constituições, de forma que o hermenauta – ou o julgador – frequentemente se depara com duas complexas questões: no caso posto para análise, determinada emenda constitucional que restringiu certo direito fundamental assegurado pelo poder constituinte violou ou não a cláusula pétrea insculpida – entre nós – no art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988? E qual o caminho a ser percorrido (ou, melhor dizendo, qual a fundamentação dogmática a ser utilizada) para se chegar a esta conclusão?

Responder a estas duas perguntas é o escopo do presente estudo. Com ele pretendemos analisar a dogmática dos direitos fundamentais, a natureza jurídica da competência de reforma constitucional e os limites materiais a ela imposta para, ao final, concatenar os pressupostos teóricos advindos desta análise e propor um modo de se resolver essas tormentosas questões.

O tema foi escolhido por duas razões principais e que estão profundamente interligadas: a sua relevância prática e a carência de obras nacionais dedicadas ao assunto.

A relevância prática de se saber se uma emenda restritiva de direitos fundamentais teria - ou não - violado uma cláusula pétrea é indubitável, em especial no caso do Brasil, país que não obstante tenha uma constituição rígida já possui mais de 70 (setenta) emendas

constitucionais em pouco mais de vinte anos de promulgação de sua carta. Essa relevância se torna ainda maior quando se percebe que os legisladores raramente estão atentos ou compromissados com os ideais impostos pelo poder constituinte, em especial no tema de direitos fundamentais, deixando-se sempre seduzir por acontecimentos ou necessidades momentâneas ou mesmo a uma distorcida “vontade da maioria” (na maior parte das vezes sequer da opinião pública, e sim da opinião publicada), em franco detrimento de direitos constitucionalmente assegurados às minorias. Cabe, então, ao Judiciário – e principalmente à Justiça Constitucional – a proteção a tais direitos.

Mas com base em que parâmetros a Justiça Constitucional deve analisar a suposta violação à cláusula pétrea? Aqui reside a segunda razão para a relevância deste trabalho: embora os grandes manuais de direito constitucional disponíveis falem acerca dos limites materiais impostos à competência de reforma constitucional, eles normalmente o fazem de maneira superficial, não oferecendo nenhum critério para que tal controle seja exercido. Quando muito, afirmam que a Emenda Constitucional violará a cláusula pétrea em questão quando “ferir o núcleo essencial” do direito fundamental, sem responder, contudo, que núcleo essencial seria esse e como ele pode ser descoberto. Apenas dizem que tal tarefa cabe à doutrina específica de cada direito fundamental.

Por limitações espaciais não se poderá fazer uma abordagem exaustiva da matéria, o que não significa dizer que se deixará de abordar, na medida do possível, os temas relevantes ao deslinde das questões essenciais.

Em razão da carência de obras susomencionada e do pouco debate pátrio pertinente ao tema, espera-se, explanando os itens apontados anteriormente de forma concisa e consistente, estimular a discussão acadêmica de tão apaixonante – e ao mesmo tempo intrigante e tormentoso – assunto.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Pequenas noções propedêuticas: histórico, normas de direito fundamental, características, dimensões e funções

Com o início do processo histórico-social de substituição do feudalismo, o Estado moderno retratou a transição deste período, refletindo os interesses dos grupos em conflito ao preservar os privilégios da aristocracia feudal e abrir espaço ao novo grupo burguês ascendente. Na prática, foi o resultado da derrocada do poder universal (Igreja) e local (nobreza) e da formação das monarquias nacionais. O Estado característico desta época moderna é o Estado Absolutista, na medida em que o poder estava concentrado nas mãos do rei e seus ministros, que aproveitaram a fraqueza dos grupos sociais então dominantes – nobreza e burguesia – para monopolizar a vida política. Incapazes de exercer hegemonia (a nobreza estava decadente e a burguesia estava em estado quase embrionário), esses grupos precisavam do Estado para preservar suas condições e privilégios, sujeitando-se ao poder do Estado.

Entretanto, o Estado absolutista – em virtude da extensão de sua burocracia aristocrática – procurou garantir sua sobrevivência através da tributação desenfreada, assumindo cada vez mais um caráter parasitário. Essa característica limitadora do capitalismo e opressora da crescente burguesia possibilitaria o surgimento das ideias liberais, que levaram posteriormente às revoluções (sobretudo burguesas) que demoliram o Estado absolutista, dentre as quais as conhecidas: Independência dos Estados Unidos, Revolução Gloriosa e Revolução Francesa (VICENTINO, 1997, p. 174).

A queda do Antigo Regime é, assim, o marco inicial para a preocupação jurídica com os Direitos Fundamentais, pois foi somente então que os três requisitos que possibilitariam seu surgimento – Estado, indivíduo e texto normativo regulador da relação entre eles – se reuniram (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 21-23; TAVARES, 2011, p. 486).

Com base no direito natural, os teóricos da época começaram a buscar a aquilo que chamaram de direitos inatos ao ser humano (VIANNA, 2011, p. 160).

O recurso a essa idéia tem uma razão simples, que pode ser expressada pelo contratualismo lockeano, segundo o qual o Estado tem o dever de respeitar alguns direitos básicos - especialmente a liberdade e a propriedade - porque tais direitos, por serem naturais e inalienáveis, não podem ser dispostos nem mesmo por seus titulares. E como todo o poder do Estado decorre, em linhas gerais, da transferência

de direitos e competências dos indivíduos para o ente estatal, esses direitos naturais estão excluídos automaticamente dessa transferência (SILVA, V. 2005, p. 552-553).

A defesa de que certo número de direitos é de existência anterior à do próprio Estado, por resultarem da “natureza humana”, é, assim, a fundamentação das duas primeiras grandes declarações de direitos: a “Declaração de Direitos de Virgínia” (1776) e a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” (1789), onde são positivados pela primeira vez (VIANNA, 2011, p. 161)¹.

Atualmente não há quem duvide que os direitos fundamentais foram uma das maiores conquistas jurídica do moderno constitucionalismo. Os direitos fundamentais são, hoje, parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Direitos fundamentais e democracia são conceitos indissociáveis (VIANNA, 2011, p. 162).

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 265).

Com o avanço da teoria constitucional, o fundamento dos direitos fundamentais foi paulatinamente abandonando o direito natural até se sedimentar na “dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2007, p. 363; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 269-273).

Mas como saber se determinada norma pode ser conceituada como norma de direitos fundamentais? Essa tarefa é deveras complexa e a doutrina não é unânime acerca da questão.

A maior parte da doutrina, ao tratar da matéria, recorre à ideia de “noção material” de direito fundamental. Com essa noção se busca um conceito de direito fundamental que se

¹ Tais declarações em muitos pontos são semelhantes, mas uma diferença entre elas salta aos olhos: o texto francês não segue a visão individualista dos norte-americanos, depositando sua confiança na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 24). Esta diferença pode ser explicada pelas condições sócio-políticas que motivaram ambas as declarações. Nos EUA, desde os primórdios de sua colonização, os colonos eram ser regidos pelas leis britânicas, os quais somente se lembravam da sua existência para cobrar-lhes impostos, na maior parte das vezes com valores bastante abusivos. Os colonos, então, não se sentiam devidamente representados no parlamento, o que criou grande ceticismo por parte do “povo” em relação ao Legislativo, pois mesmo um parlamento eleito de forma democrática pode criar normas injustas. Daí o motivo pelo qual a Constituição surgiu com o principal objetivo de garantir a liberdade individual em face de todos os poderes estatais, o legislador ordinário incluso. Já na França (onde primeiro despontou o constitucionalismo europeu), a ideia motriz da declaração de direito a fundamentação racional de decisões políticas, tendo como principal alvo os aparatos da Administração e da Justiça – os quais eram compostos em sua maioria por representantes do Antigo Regime – e confiava plenamente no recém-formado Parlamento – composto quase totalmente por representantes da Burguesia e, por isso, apresentado como único legítimo representante da “vontade geral”. Por isso, a principal preocupação era a garantia irrestrita do princípio da legalidade. Cf., sob o assunto, DIMOULIS; MARTINS, *Teoria Geral*, op. cit., 2009, p. 23-28.

revele abrangente e com conteúdo proveitoso; em verdade, o que se busca é saber quando determinado direito pode ser considerado um direito fundamental.

Embora muito se tenha escrito sobre o assunto, o certo é que esta noção parte do pressuposto de que o catálogo dos direitos fundamentais vem se avolumando conforme as exigências do período histórico vivido, não tendendo à homogeneidade, dificultando em muito a tarefa do estudioso. O ponto de partida para a identificação da fundamentalidade de certo direito, para esta corrente, é considerado o princípio da “dignidade da pessoa humana”, pois “é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais” e “que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 271; Idem, 2000, p. 116). Defende-se, então, que “... os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana...” (SARLET, 2006, p. 123).

Essa corrente chega à conclusão, pois, que os direitos fundamentais em sentido material são pretensões que em cada momento histórico se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 271; Idem, 2000, p. 116). Ou ainda, em definição mais clara, são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo dos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, por seu conteúdo e sua importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente fundamentais (SARLET, 2006, p. 95). É por isto que tais estudiosos falam em bloco de constitucionalidade (FELDENS, 2008, p. 54) ou em dimensão de abertura dos direitos fundamentais (TAVARES, 2011, p. 508-511) para denominar essa possibilidade de que direitos não constitucionalmente previstos sejam considerados direitos fundamentais.

Não comungamos de tal posicionamento. Em nosso entender, deve ser distinguida a fundamentalidade formal da fundamentalidade material dos direitos fundamentais. A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico deve ser definida com base na fundamentalidade formal, i.e.: um direito só é fundamental se for garantido por normas que tenham força própria da supremacia constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 47).

De fato, assiste razão a Alexy, quando afirma que: “Mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo à forma de sua posituação” (ALEXY, 2011, p. 68). Por isso, pode-se dizer que “são normas de direito fundamental somente aquelas que são expressas diretamente por enunciado da Constituição” (ALEXY, 2011, p. 69). Normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais;

e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição e somente esses (ALEXY, 2011, p. 65)².

O certo é que os direitos fundamentais exprimem uma ideia-guia: são posições “tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” (ALEXY, 2011, p. 446).

No que tange às funções dos direitos fundamentais, é lugar comum utilizar-se da teoria dos quatro *status* de Jellinek para buscar as funções dos direitos fundamentais (VIANNA, 2011, p. 165). Segundo Jellinek, o cidadão frente ao poder público poderia ocupar quatro posições: (a) *status subjectiois* ou passivo (detentor de deveres para com o Estado); (b) *status* negativo (âmbito de ação livre do império do Estado); (c) *status civitatis* ou positivo (direito de exigir do Estado que realize uma prestação); (d) *status* ativo (o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado). Com base nestas posições é que se pode decalcar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente utilizadas pela doutrina: direitos de defesa (ou de liberdade) e direitos a prestações (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 289; SARLET, 2006, p. 181 e ss.)³. Alguns autores acrescentam ainda o direito de participação (SARLET, 2006, p. 189 e ss.; MIRANDA, 1993, p. 85; DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 55-60; ALEXY, 2011, p. 470).

Os direitos de defesa permitem ao indivíduo resistir a uma possível atuação do Estado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 289; ALEXY, 2011, p. 450). A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado, a obrigação de *deixar de fazer algo*. Trata-se de uma obrigação de *abster-se da intervenção* na esfera de liberdade garantida pela Constituição... (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 55-56)⁴.

² Para uma conceituação de norma e sua diferenciação de enunciado de normativa, veja-se ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 50-84. Alexy reconhece, também, ao lado da noção de normas de direito fundamental acima apresentada, a existência daquilo que chama de “normas de direito fundamental atribuídas”, as quais são normas de direito fundamental que não são diretamente extraídas do texto constitucional, mas que podem ser diretamente a elas creditadas, sempre que a tal atribuição for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais (cf. ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 69-76).

³ A Alexy apresenta uma proposta um pouco diversa desta ora apresentada, a qual não parte da teoria dos *status* de Jellinek. Alexy parte da distinção efetuada por Bentham entre “*rights to service, liberties and powers*” (cf. ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 193) e edifica uma concepção de direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva, com base no seguinte tripé: (a) direitos a algo (englobando os direitos a ações positivas e negativas do Estado e/ou particulares – i.e., os citados direitos de defesa e a prestações); (b) liberdades (negação de exigências e proibições) e; (c) poderes (competências ou autorizações). Cf. ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 186-247; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 178-179.

⁴ Para uma análise mais detalhada dos direitos de defesa, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. O Direito Fundamental à Liberdade de Consciência e a Impossibilidade de Imposição de Valores Morais pelo Estado

Os direitos a prestações englobam os que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida e garantir os pressupostos materiais ou jurídicos necessários para exercer sua liberdade (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 57; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 291; ALEXY, 2011, p. 442).

Por fim, os direitos de participação são constituídos pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do país (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 58; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 299; ALEXY, 2011, p. 470).

Após todo o exposto, resta diferenciar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão subjetiva é a que até agora tem sido enfatizada e corresponde, primordialmente, ao *status negativo*. Trata-se da dimensão clássica, uma vez que seu conteúdo normativo refere-se ao direito de seu titular de resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 110; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 299).

A dimensão objetiva, a seu turno, começou a ser estudada na Alemanha em meados de 1953, com a decisão do BVerfG no “Caso Lüth” (BVerfGG 7, 198) e se define pela dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares. Segundo seus defensores, os direitos fundamentais possuiriam também uma dimensão objetiva que ofereceria critérios de controle da ação estatal. Esses critérios de controle deveriam ser aplicados independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinada pessoa e da conseqüente reclamação por seu titular. (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 111).

Desta dimensão objetiva decorrem quatro aspectos de fundamental importância.

A primeira delas é o reconhecimento de que os direitos fundamentais, objetivamente, apresentam caráter de normas de competência negativa, pois tudo aquilo que é dado ao indivíduo em termo de liberdade para ação está, via oblíqua, sendo retirado da possibilidade de restrição por parte do Estado, independentemente do particular exigir esta não intervenção.

Em segundo lugar, a dimensão objetiva faz com que os direitos fundamentais sejam vistos como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional (o chamado “efeito de irradiação”)⁵.

através de Normas Penais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 12, n. 1/2, jan/dez 2011, p. 166-170.

⁵ Cf. a decisão do BVerfG no caso *Blinkfüer* (BVerfGE 25, 256), onde o Tribunal afirmou: “O ordenamento axiológico objetivo constituído pela Grundgesetz influencia, entretanto, a interpretação destas normas, se estas forem passíveis de serem interpretadas à luz das normas constitucionais”. Cf. MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 400-409.

Em terceiro lugar, parte da doutrina sustenta que esta dimensão permite limitar direitos fundamentais quando isso estiver no interesse de seus titulares, o que possibilitaria a intervenção estatal com a justificativa de que o titular do direito seria mais bem protegido caso o seu direito não seja exercido em certas condições. Paulo Gustavo Gonet Branco cita, como exemplo, a obrigatoriedade do uso de cintos de segurança, onde a liberdade do indivíduo cederia espaço para a proteção da vida ou integridade física, cuja proteção é requerida ao Estado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 300). Não concordamos com esta posição que permite ao Estado se utilizar de um direito fundamental contra a vontade de seu titular, transformando-o em um “dever fundamental” e abrindo portas a um Estado paternalista que se julga mais conhecedor dos interesses do cidadão que ele próprio⁶.

Finalmente, o último traço de tal dimensão é aquilo que a doutrina denominou “dever de tutela”, i.e., o dever do Estado de proteger ativamente o direito fundamental contra ameaças de violações provenientes, sobretudo, de particulares (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 113). Este dever foi primeiramente exposto pelo BVerfG quando este Tribunal se referiu a necessidade de se proteger a vida do nascituro contra ameaças oriundas de um aborto praticado por particulares⁷. A doutrina, entretanto, ainda não conseguiu sistematizar a matéria, principalmente pela ausência de parâmetros de controle seguros para se afirmar se o Estado estaria ou não atendendo satisfatoriamente a este dever⁸.

2.2 Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios

Este não é um trabalho acerca da Teoria dos Princípios. Debruçar-se detidamente nesta teoria em muito ultrapassaria os limites desta análise e sobre ela muito já foi escrito, seja para acatá-la, seja para criticá-la⁹.

⁶ É interessante, neste ponto, lembrar a advertência feita por Eliphaz Levi: “Querer o bem com violência é querer o mal.” (LEVI, Eliphaz. *A Chave dos Grandes Mistérios*. Trad. Madelen de Merkoulouff. São Paulo: Editora Três, s/d, p. 164). Como bem lembra Zaffaroni: “a) O estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. b) Em lugar de pretender impor uma moral, o estado ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surge quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: [...] o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 225-226).

⁷ Cf. BVerfGE 39, 1 (MARTINS, *Cinquenta anos*, op. cit., 2005, p. 266-273).

⁸ Para melhor análise desta questão, Cf. DIMOULIS; MARTINS, *Teoria Geral*, op. cit., 2009, p. 113-121.

⁹ Cf., para melhor compreensão do tema, ALEXY. *Teoria*, op. cit., 2011, p. 85-141; Idem. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 43-56; Idem. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de

Entretanto, não se pode deixar de rapidamente pincelar seus principais pontos, porque, como bem notado por Virgílio Afonso da Silva, não somente o conceito e a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais são moldados pelo conceito de princípio que se adote, como também a forma de se definir o âmbito de proteção de cada direito fundamental, de reconstruir a relação entre os direitos e suas restrições são geradas a partir deste pressuposto teórico (SILVA, V. 2011, p. 44).

Essa distinção [entre regras e princípios] é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 85)

A primeira questão a se levantar é como se distinguir regras e princípios. Parte da doutrina sustenta que entre eles há uma diferença de *grau*, seja de *importância* (princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento; regras seriam normas que concretizam os princípios, como diz SILVA, J., 1995, p. 93-94), seja de *generalidade* (princípios são mais abstratos e mais gerais que regras, como diz BARROSO, 1996, p. 141).

Não partimos de nenhuma dessas teorias. Para nós, o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos fundamentais que essas normas garantem. Grosso modo, no caso das *regras*, garantem-se direitos (ou se impõe deveres) definitivos. Já no caso de princípios, são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*.

2.2.1 Regras

Conforme dito acima, *regras* são normas que garantem direito ou impõe deveres definitivos. Elas são normas que sempre são satisfeitas ou não em sua totalidade. Se uma regra vale para determinado caso, deve ser feito exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Elas contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e

uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003; Idem. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002. Para crítica e respostas a elas, cf. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999; ALEXY. *Teoria*, op. cit., 2011, p. 153-180; SILVA, V. *Direitos Fundamentais*, op. cit., 2011, p. 56-64.

juridicamente possível (ALEXY, 2011, p. 91). São, portanto, *comandos definitivos* (ALEXY, 2005a, p.157).

Isso significa, como se percebe, que se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de regra, esse direito é *definitivo* e deverá ser realizado totalmente, caso a regra se aplique ao caso concreto, por meio da técnica da subsunção, pois sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto (SILVA, V., 2011, p. 45 e 46).

2.2.2 Princípios

Princípios, por sua vez, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. São, pois, *mandamentos de otimização*, que podem ser cumpridos em diferentes graus (ALEXY, 2011, p. 90; Idem, 2005a, p. 156).

No caso de normas com estrutura de princípios, é fácil perceber que há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (SILVA, V., 2011, p. 45). O desejo da norma com estrutura é sua realização máxima (ou total), mas isso dificilmente será alcançado – seja porque este grau de realização somente poderá ocorrer quando as condições fáticas e jurídicas forem ideais, seja em razão de que é praticamente impossível que a realização total de um princípio não encontre barreiras na proteção de outro princípio de igual envergadura.

2.2.3 Conflito entre regras e colisões entre princípios e entre princípios e regras

As diferenças entre regras e princípios ficam mais claras quando se percebe o modo de se solucionar os conflitos entre regras e as colisões entre princípios e entre estes e regras¹⁰.

Esses conflitos ocorrerão sempre que no caso concreto for possível se aplicar duas ou mais normas que possuem consequências jurídicas total ou parcialmente incompatíveis.

Como regras garantem direitos definitivos, é preciso que em caso de conflito entre elas se encontre um modo de solução que não lhes retire esta característica. É desta exigência que surge o conhecido raciocínio de aplicação “tudo-ou-nada” da regra¹¹, porque se duas regras

¹⁰ Existem certas normas que possuem a natureza tanto de regra quanto de princípio. É o que Alexy chama de caráter duplo das normas de direito fundamental. Um exemplo de norma com esse caráter, entre nós, cremos, pode ser visto no art. 5º, LX, da CRFB. Sob o tema, cf. ALEXY, *Teoria*, op. cit. 2011, p. 141-144.

¹¹ Segundo Ronald Dworkin: “Rules are applicable in all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, the either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which

são igualmente aplicáveis a determinado caso e ambas possuem consequências jurídicas incompatíveis entre si, uma delas necessariamente é inválida, total ou parcialmente.

No caso da incompatibilidade entre as normas for apenas parcial, a solução para o conflito se resolve através da introdução de uma cláusula de exceção em uma delas que elimine o conflito (ALEXY, 2011, p. 92; SILVA, J., 2011, p. 48). Um exemplo bem simples de se entender esse conflito pode se ver no CTB: uma norma do Código obriga o condutor que efetuar ultrapassagem indicar com antecedência a manobra pretendida, acionando a luz indicadora de direção do veículo ou por meio de gesto convencional de braço (arts. 29, XI, *a* e 35), inclusive impondo penalidades ao condutor que assim não proceder (art. 195). Entretanto, o mesmo código prevê como infração dirigir o veículo com apenas uma das mãos (art. 252, V, 1ª parte). Haveria, aí, conflito entre estas duas regras, mas qualquer pessoa consegue perceber que a primeira regra constitui uma exceção à primeira (tanto que o próprio legislador expressamente previu esta exceção na 2ª parte do inciso V do art. 252). O mesmo se diga no caso da obrigatoriedade do compromisso de dizer a verdade, imposto à testemunha (art. 203 do CPP), do qual são excluídos os doentes, deficientes mentais, os menores de 14 (quatorze) anos o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado ou divorciado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado (arts. 208 c/c 206 do CPP). Obviamente trata-se de uma exclusão à regra da obrigatoriedade do compromisso.

Sem embargo, quando se tratar de uma incompatibilidade total, esta solução não é possível. Nesses casos, uma das normas tem que ser declarada inválida ou revogada e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico, porque o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida ou não é. Não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.

Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2011, p. 92)

Exemplo deste conflito total pode ser visto no caso de legislação concorrente, quando lei federal superveniente verse determinada matéria de modo diverso do que dispunha uma lei estadual suplementar (art. 24, §4º, da CRFB).

As regras, portanto, possuem a característica da *derrotabilidade*, i.e., a capacidade de acomodar exceções (BÄCKER, 2011, p. 55). O fato de que essas exceções não podem ser

case it contributes nothing to the decision.” (DWORKIN, Roland. *Talking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978).

enumeradas de forma conclusiva, em razão das circunstâncias que emergem dos casos futuros serem desconhecidas, não afeta a validade desta afirmação.

O importante, seja no caso de conflito total ou parcial, é perceber que a decisão por uma ou outra regra é *sempre* uma decisão de *validade* (ALEXY, 2011, p. 93; Idem, 2005a, p. 157; SILVA, V., 2011, p. 49).

O tratamento dado à colisão de princípios deve ser diferente, face à estrutura diferenciada que eles possuem.

Como se viu *supra*, princípios são mandamentos de otimização, normas que exigem que algo seja feito na maior medida possível diante das condições (fáticas e jurídicas) existentes. Se dois princípios colidem – algo é proibido por um princípio e permitido por outro – um deles terá que “ceder”, mas isto não significa, em absoluto, que o princípio que cedeu é declarado inválido ou que nele tenha sido introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre, nesses casos, é que um princípio tem precedência em face de outro, *em determinadas condições*. Quando estas condições mudam, a questão da precedência de um sob outro pode ser resolvida de forma completamente oposta. A este fenômeno a doutrina cunhou o termo “relações condicionadas de precedência” (SILVA, V., 2011, p. 50; ALEXY, 2011, p. 93-94; Idem, 2005a, p. 157-158).

É por isso que os princípios não são derrotáveis, pois não acomodam exceções. As circunstâncias dos casos futuros e todas as outras condições – incluindo a própria colisão entre eles –, já estão implícitas no conceito de otimização, e são, portanto, essenciais à própria aplicação do princípio, porque a otimização está necessariamente relacionada a todas as circunstâncias dadas. Assim, para se aplicar um princípio é preciso otimizar – e, dessa forma, necessariamente considerar todas as circunstâncias dadas. Não pode, portanto, surgir nenhuma exceção na aplicação de um princípio (BÄCKER, 2011, p. 55-56).

Um dos exemplos mais comum de colisão entre princípios é aquele entre a liberdade de imprensa (arts. 5º, IV, IX, XIV e 220, §§1º, 2º e 6º, da CRFB) e o direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CRFB). Veja-se como, em dois casos diversos com os mesmos princípios envolvidos a relação de precedência entre os princípios pode ser radicalmente diferente.

Imaginemos que determinado jornalista *J* resolva fazer uma matéria acerca da vida do cidadão *C*, pessoa sem qualquer vida pública. Com o fim colher material para embasar a reportagem, *J* começa a segui-lo vinte e quatro horas por dias, tira fotografias do interior da residência de *C*, dele andando pelas ruas, namorando, enfim, de todas as ações de *C*. *C*, então, se sente ofendido em sua intimidade e resolve pedir em juízo que a publicação de *J* seja

proibida. Neste caso, como *C* é um cidadão comum, não existe nenhum tipo de interesse apto a justificar a precedência do direito à liberdade de imprensa sob o direito à intimidade.

Imagine-se, agora, que o jornalista *J'* resolva fazer uma matéria acerca da vida do Deputado Federal *D*, que concorre à reeleição e tem como mote de sua campanha eleitoral a defesa “da família, da moral e dos bons costumes”. Também com a finalidade de colheita de material, *J'* descobre que o *D*, durante a noite, veste-se de mulher e se encontra sexualmente com outros homens. Nestas condições, é óbvio que se *D* requeresse em juízo a proibição de que a matéria fosse veiculada, haveria interesses (a correta informação do eleitorado, p.ex.) a justificar a precedência da liberdade de imprensa sob o direito à privacidade.

Como se vê, mesmo após a liberdade de imprensa ou a privacidade cederem ao princípio colidente, ambas continuam tão válidas quanto antes. Não se pode também dizer que uma delas constitui uma exceção à outra, pois às vezes prevalecerá uma e em outras prevalecerá outra, a depender das condições do caso em questão (ao contrário do que ocorre com as regras). Essa é ideia central da chamada “relação condicionada de precedência”.

Esta questão da relação de procedência será mais bem analisada *infra*, quando tratarmos da Lei de Colisão e da Regra da Proporcionalidade.

Resta analisarmos, por fim, a colisão entre princípios e regras. Esse é o tipo mais problemático de colisão, pois parece oferecer um problema incontornável. Se se afirma que nesses casos deve-se fazer um sopesamento entre a regra e o princípio para saber qual deve prevalecer, a definição de regras como normas que garantem direitos definitivos cai por terra (pois poderão ocorrer casos em que uma regra válida e aplicável seja afastada sem que com isso perca sua validade); além disso, o sopesamento só pode envolver normas que tenham *dimensão de peso*, o que está ausente nas regras. Se, por outro lado, se defende que esta colisão deve ser resolvida no plano da validade, seria necessário admitir que um princípio que tiver de ceder a determinada norma no caso concreto deve ser expelido do ordenamento (o que é incompatível com a ideia exposta *supra*, segundo a qual a validade de um princípio não é afetada em casos de colisão). Ambas as soluções são inaceitáveis (SILVA, V., 2011, p. 51).

A resposta mais comum a esta colisão tenta evita-la e se vale de uma nota de rodapé na obra de Alexy (2011, p. 90, nota 24), a qual sequer é dedicada ao trato desta questão. O que essa resposta defende é que quando um princípio entra em colisão com uma regra deve haver um sopesamento, o qual não ocorre entre o princípio e a regra (que não são sopesáveis), mas entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra colidente se baseia.

Não podemos concordar com tal resposta. Primeiramente, ela dá a entender que sempre que houver conflito entre regras e princípios, o hermeneuta poderia afastar a aplicação

da regra por entender que há um princípio mais importante a justificar este afastamento. Isto seria fazer tábula rasa a uma das mais importantes funções das regras, que é garantir segurança jurídica, justamente porque muitas das vezes o sopesamento entre dois princípios já é feito de antemão pelo legislador¹². Em verdade, na maioria dos casos não existe o conflito alardeado, e sim o produto de um sopesamento feito pelo legislador e cujo resultado é uma regra de direito infraconstitucional: a relação entre a regra e o princípio não é, portanto, de colisão, e sim de *restrição* (SILVA, V., 2011, p. 52).

Mas outros casos podem surgir. O primeiro e mais simples deles decorre da existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra. Nesses casos, cabe ao Judiciário decidir se a regra é constitucional (e então a regra deve ser aplicada, como sempre, por subsunção) ou inconstitucional em face de outro princípio mais importante, naquele caso concreto, que aquele ao qual o legislador deu primazia (caso em que a colisão desaparece).

Os casos mais problemáticos, entretanto, surgem quando a aplicação da regra por subsunção em determinado caso leva a situações consideradas incompatíveis com algum princípio inconstitucional decisivo para o caso concreto, sem que essa incompatibilidade seja verificável *in abstracto*, não se podendo recorrer, pois, à inconstitucionalidade da regra.

Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 53), ao tratar do tema, traz à baila o conhecido caso do diretor Gerald Thomas, o qual após apresentação teatral foi vaiado, razão pela qual mostrou as nádegas ao público e foi processado por ato obsceno (art. 233 do CP). A solução simples para este caso seria a aplicação da regra penal por meio da subsunção. Entretanto, poder-se-ia ver aí também um conflito entre esta regra penal e a liberdade de expressão (art. 5º, IX, da CRFB). Como a regra não é abstratamente considerada inconstitucional¹³, a única solução possível seria o sopesamento, diriam alguns. Entretanto, como já alertado acima, se decidirmos pela prevalência da liberdade de expressão, seria necessário aceitar que existem regras válidas e aplicáveis que podem não ser aplicadas, o que contradiz a sua definitividade.

Uma solução possível seria excluir a tipicidade da conduta, com a fundamentação que melhor aprovar ao julgador, inclusive o sopesamento. Foi o que fez o STF quando julgou o

¹² É o caso, p.ex., da proibição geral e total a tortura e a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CRFB). O constituinte fez de antemão o sopesamento entre os princípios envolvidos, definindo que todos os outros deverão ceder, em quaisquer casos (uma regra, portanto), ao respeito a dignidade da pessoa humana e a integridade física. Seguindo o entendimento da corrente acima, seria possível que determinado criminoso que soubesse a localização de uma bomba escondida em local desconhecido pelas autoridades fosse torturado para dizer a localização do artefato, sob o argumento de se sopesar o princípio que inspirou esta regra (respeito à dignidade da pessoa humana e a integridade física) com outro princípio (proteção à vida de milhares de indivíduos), o que seria verdadeira burla aos propósitos do constituinte, expresso na regra susmencionada.

¹³ Segundo a doutrina majoritária. Nós já defendemos a inconstitucionalidade deste tipo penal (*cf.* VIANNA, O Direito Fundamental à Liberdade de Consciência, *op. cit.*, 2011, p.170-176).

caso (HC 83.996/RJ, Rel. p./ac. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 17/08/2004). Ao assim proceder, o STF não decidiu que a regra seria válida, mas não aplicável por ceder à liberdade de expressão. Ele simplesmente decidiu que o ato *não se enquadrava na regra* descrita.

Mas nem sempre isto é possível. Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 54-55) traz outro caso no qual não se poderia simplesmente excluir determinada conduta da descrição da regra: o caso frequente do levantamento do valor depositado na conta do FGTS para pagar tratamento de saúde de dependente do titular da conta, o que não era previsto pela lei (art. 1º, II, da Lei nº. 7.670/1988). Percebendo uma “injustiça” na regra que autorizava o levantamento apenas para tratamento de saúde do titular (e não de seus dependentes), vários juízes começaram a permitir este levantamento, mesmo contra a regra. Haveria aí um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente? Quando muito, apenas na primeira decisão *contra legem*. Não é, contudo, um sopesamento que ocorre sempre que o caso concreto for colocado à apreciação e que dependa de condições fáticas ou jurídicas: sempre que o titular do FGTS requerer o levantamento para tratamento de saúde de seu dependente o resultado será o mesmo (procedência do pedido). O que ocorre, pois, é a criação de uma *nova regra*, que como qualquer outra é produto de sopesamento entre princípios.

2.2.4 A lei de colisão

Já foi dito acima que se dois princípios colidem um deles terá que “ceder”, mas isto não significa, em absoluto, que o princípio que cedeu é declarado inválido ou que nele tenha sido introduzida uma cláusula de exceção. Lembremos novamente o exemplo dado acerca da colisão entre o princípio da liberdade de imprensa e o direito à privacidade. Essa tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses princípios, pois nenhum deles goza de superioridade, de *per se*.

Também já se disse que casos deste jaez não se resolvem no plano da validade, seja extirpando um deles do ordenamento, seja por meio da introdução de uma cláusula exceção.

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2011, p. 96, grifos do autor)¹⁴

¹⁴ Grande parte das considerações que seguem é retirada da obra de ALEXY, *Teoria*, op. cit. 2011, p. 94-103.

Chamemos o princípio à liberdade de imprensa de P_1 e o princípio do direito à privacidade de P_2 . Isoladamente, P_1 e P_2 levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si (“a publicação da matéria é permitida” e “a publicação da matéria é proibida”). Essa colisão, então, deve ser por meio do estabelecimento de uma relação de precedência, a que chamaremos **P**. Para as condições em que determinado princípio tem precedência sobre outro, chamaremos C . Haveria então, quatro possibilidades de decisão a partir do caso analisado: (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$; (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$; (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$; (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.

As possibilidades (1) e (2) não de ser desde logo descartadas, já que se demonstrou acima que nenhum dos princípios tem, *per se*, precedência sob o outro, de forma que a relação de precedência não pode ser incondicionada. A questão decisiva é, portanto, saber sob quais condições qual princípio deve prevalecer (ALEXY, 2011, p. 97). Como os princípios não possuem um “peso” quantificável, a ideia de relação de precedência fornece uma construção útil para decidir qual dos dois princípios deve prevalecer: “Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso concreto” (ALEXY, 2011, p. 97).

Disto resulta que a precedência de P_1 em face dos princípios que com ele colidem sob as condições C significa que a consequência jurídica que resulta de P_1 é aplicável sempre que estiverem presentes as condições C , ou seja, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de precedência decorre uma regra que pode ser assim descrita:

Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$. (ALEXY, 2011, p. 99)

Esta “lei da colisão” quer dizer que as condições sob as quais um princípio tem precedência sobre o outro constituem o “suporte fático” de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Esta lei, ainda, é um dos principais fundamentos da Teoria dos Princípios, pois reflete o fato de que inexiste uma relação de precedência absoluta e faz referência a ações e situações que não são desde logo quantificáveis, reforçando o caráter dos princípios como mandamentos de otimização.

2.3 Suporte Fático dos Direitos Fundamentais

A ideia de *suporte fático* é pouco difundida no campo do Direito Constitucional. Poucos são os manuais que versam sobre o tema.

Neste tópico, pretende-se fazer uma breve abordagem do tema para que se possa fixar o conceito de suporte fático a ser utilizado e discutir a amplitude desse conceito no âmbito dos direitos fundamentais. Como se verá, ainda que esta circunstância não seja captada pela maior parte da doutrina e jurisprudência, aceitar a teoria dos princípios como proposta por Alexy – e defendida acima – implica necessariamente a rejeição de teorias de suporte fático restrito¹⁵.

2.3.1 Conceito

Antes de tudo, é preciso distinguir entre suporte fático *abstrato* e *concreto*. Aquele é formado pelos fatos ou atos do mundo que são descritos por uma determinada norma e para cuja realização ou ocorrência é prevista certa consequência jurídica (preenchido o suporte fático, ativa-se sua consequência jurídica). Esse é a ocorrência no mundo dos fatos daquilo que a norma abstrata previu. O que nos interessa neste momento é o suporte fático *abstrato*.

O que se procura, quando se estuda o suporte fático, é saber se determinada ato, fato ou estado é protegido por certa norma de direito fundamental ou, ao revés, se determinada conduta configura uma intervenção em seu âmbito de proteção.

A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma determinação do conceito de suporte fático. (SILVA, V., 2011, p. 67, grifos do autor)

Um exemplo pode ajudar a entender os problemas que analisaremos: um cidadão é descendente de uma tribo indígena que, como parte de ritual religioso, ingere raiz de planta

¹⁵ A maior parte das considerações que ora se inicia e que vai até o fim deste capítulo foi retirada da obra de SILVA, V., *Direitos Fundamentais*, op. cit., 2011, p. 65-207, por dois motivos principais: (1) a carência de obras nacionais que enfrentem o tema de maneira tão clara, sistemática e analítica quanto esta; (2) este autor concorda com todos os fundamentos apontados pelo professor Virgílio Afonso da Silva. Entretanto, a fim de se evitar o excesso de citações (que seriam muito frequentes, praticamente em todos os parágrafos), estas só constarão explicitamente do texto quando se tratar de citação literal (por motivos de honestidade intelectual) ou quando for imprescindível à compreensão do que é abordado. O leitor, então, fica desde já advertido da fonte de onde se colheu os subsídios para o enfrentamento destas questões.

alucinógena, a qual tem seu consumo proibido pela legislação. Certo dia este cidadão é detido por policiais, que em revista pessoal encontram a mencionada raiz, sendo ele preso em flagrante pelo crime previsto no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006. Diante deste caso, poder-se-ia indagar: (1) o consumo dessa raiz é exercício do direito à liberdade de crença e culto religioso (art. 5º, VI e VII, da CRFB)? (2) Há colisão entre estes princípios e o direito à saúde pública e segurança dos outros cidadãos? (3) Quais as formas de se solucionar este conflito? Devem os princípios ser sopesados? Certas situações devem ser excluídas da garantia de algum dos direitos envolvidos (afirmar, p.ex., que o consumo da não é albergado pelo direito de crença)?

São questões deste naipe que passamos a enfrentar, pois elas dependem, para serem respondidas, da definição do que seja suporte fático, da análise de seus elementos e da fundamentação de sua extensão.

2.3.1.1 Elementos do conceito: âmbito de proteção, intervenção estatal e ausência de fundamentação constitucional

Pelo menos em sua função de defesa – que é a vertente mais importante para o desenvolvimento desta obra – o conceito de direito fundamental induz intuitivamente que sua função primordial é proteger *algo* contra intervenções indevidas. Isto desde logo levanta a indagação acerca do que seria esse *algo*, qual a sua *extensão* e quais os tipos possíveis de intervenção. Deve-se responder, então, a quatro questões básicas: (1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário acontecer para que a consequência jurídica ocorra?

Todas essas perguntas dizem respeito ao suporte fático, e não só a primeira delas, como intuitivamente se poderia supor. Assim, ao se proclamar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CRFB), não só a definição do que se é protegido – liberdade de ação – é suficiente para definir o suporte fático, pois aquilo que é protegido é apenas uma parte dele, que costuma ser chamada de *âmbito de proteção*. Mas para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento (que é bastante contraintuitivo), que é a *intervenção estatal*. Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*) quando aquilo contra o qual se protege (*intervenção estatal*) fazem parte do suporte fático, pois somente pode ocorrer a consequência jurídica – exigência de que se cesse uma intervenção – se houver uma *intervenção* nesse *âmbito*.

Passar pela rua é, óbvio, albergado pelo *âmbito de proteção* da liberdade de ir e vir (art. 5º, XV, da CRFB), mas a consequência jurídica típica dessa liberdade não ocorre

enquanto alguém não tentar impedir esta locomoção. O suporte fático não é, até então, preenchido.

Estabelecidas essas premissas, passemos agora a uma análise destes elementos.

A definição do *âmbito de proteção* responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito (SILVA, V., 2011, p. 72). Através dele se descrevem os bens ou objetos protegidos ou garantidos pela norma (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 328). Abstratamente isso não oferece grandes dificuldades; elas só começam a surgir quando se precisa definir, no caso concreto, quais bens são protegidos e quais não são. Para esta definição, existem duas possibilidades: (1) ou nele se inclui todo ato, ação, fato, estado ou posição que tenham *qualquer característica* que, considerada isoladamente, faça parte do “âmbito temático” de determinado direito; ou (2) se realiza uma “triagem” prévia para que se excluam condutas *sabidamente proibidas* desta proteção (SILVA, V. 2011, p. 72-73). Voltaremos a esta questão mais adiante.

A *intervenção estatal*, a seu turno, oferece dificuldades em termos abstratos, pois ela pode ser entendida tanto em termos amplos quanto restritos. Uma “mera regulamentação” quanto a formas, locais ou horários para o exercício de certo direito constituem intervenções? Isto também será tratado *infra*.

Para Alexy e alguns outros autores, o conceito de suporte fático seria composto pela soma desses dois elementos (ALEXY, 2011, p. 302-307). Fora deste conceito – e a ele contraposto – estaria a *fundamentação constitucional*, cuja ausência daria ensejo à consequência jurídica. Nesta formulação, se chamarmos o âmbito de proteção de *AP*, a intervenção estatal de *IE* e fundamentação constitucional de *FC*, quando aplicado este conceito à ação, estado ou posição jurídica *x*, teríamos a conclusão: *se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*. Ou, em construção lógica: $(x)((APx \wedge IEx) \wedge \neg FCx \leftrightarrow OCJx)$.

Não é este o entendimento que nos parece mais correto. Em primeiro lugar, se o suporte fático são “os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental” (SILVA, V., 2011, p. 74, grifos do autor) é facilmente perceptível que não basta o âmbito de proteção e a intervenção estatal para que a consequência jurídica seja acionada; é necessário que esta intervenção não seja fundamentada na Constituição (não-*FC*). Isto porque, se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante de uma *restrição* ao direito fundamental, e não de sua *violação*, o que impediria a ativação da consequência jurídica (cessação da intervenção).

Além disso, a fundamentação constitucional se liga somente à intervenção estatal, não fazendo sentido que ela seja contraposta à soma de *AP* e *IE*. É por isto que defendemos, como faz Virgílio Afonso da Silva (2006a, p. 31), que faz mais sentido se falar que: *se APx e não-FC(IEx), então CJx*. Ou, então, em uma formalização lógica: $(x)(APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)$.

No nosso exemplo, se substituirmos *x* por “consumo da raiz”, então teremos que: se “consumo da raiz” é garantido pelo âmbito de proteção da liberdade de crença (*APx*) e não há fundamento constitucional para sua vedação (*não-FC(IEx)*), então vale para *x* (“consumo da raiz”) a consequência jurídica da liberdade em jogo, que é a exigência de abstenção estatal.

Passadas estas considerações, chega a hora do principal escopo deste tópico, que é a definição da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais. Esta decisão é de suma importância para que se possa definir métodos de controle nas restrições a direitos fundamentais e na fundamentação de seu conteúdo essencial.

2.3.2 Suporte Fático Restrito

2.3.2.1 Definição do suporte fático restrito

A principal característica das teorias que advogam um suporte fático restrito é o fato de não garantirem algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em tese (*in abstracto*), subsumidas no âmbito de proteção das respectivas normas.

Veja-se como exemplo disto, as clássicas perguntas feitas por Vieira de Andrade:

Terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? [...] Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário? (ANDRADE, 2004, p. 294)

É o próprio professor português quem responde:

Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações. (ANDRADE, 2004, p. 294-295)

Muitas estratégias argumentativas são utilizadas para se defender essa tese, tais como a interpretação histórico-sistemática, a especificidade de Müller e a prioridade das liberdades básicas de Rawls. Sobre elas, entretanto, pouco se dirá aqui, por razões de espaço e porque elas não são fundamentais para a tese que pretendemos desenvolver¹⁶.

Alguns autores (Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, em especial) afirmam que a interpretação histórico-evolutiva é que deve definir o que faz parte de cada direito fundamental. Seria necessário, então analisar o contexto histórico-cultural da criação dos dispositivos constitucionais¹⁷, bem como se ater às relações que as normas guardam entre si e também com outras normas (SILVA, V., 2011, p. 83). Friedrich Müller, por sua vez, recorre ao conceito de *especificidade* e *não-especificidade*; para ele, não-específica é a ação que pode ser, sem perdas para o exercício típico de um direito fundamental, substituída por outra que seja típica. Toda ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental (podendo ser substituída por outra) é uma ação não-específica e, portanto, não protegida (SILVA, V., 2011, p. 88-89). Já Rawls defende que sejam diferenciados os conceitos de *restrição* e *regulação*: restrições que digam respeito ao tempo, local, meios ou quaisquer aspectos laterais utilizados no exercício das liberdades não podem ser consideradas restrições propriamente ditas, e sim meras regulações, pois não atingem o âmbito de validade da liberdade em questão. Aparentemente, Müller e Rawls conseguem satisfatoriamente demonstrar que direitos fundamentais não são absolutos e ao mesmo tempo rejeitar a necessidade de restrições externas a esses direitos, refutando a necessidade de sopesamento entre princípios. Isto será discutido mais abaixo.

O importante, neste momento, é que se perceba que, com a adoção de um suporte fático restrito importa na exclusão, *a priori*, de uma conduta, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental.

2.3.2.2 Críticas

Esta tese parece contar com o maior número de seguidores entre nós. Embora dificilmente se os autores digam expressamente que defendem um suporte fático restrito, essa conclusão pode ser extraída de suas ideias. Paulo Gustavo Gonet Branco, por exemplo, diz

¹⁶ Para uma análise mais detida destas estratégias, cf. SILVA, V. *Direitos Fundamentais*, op. cit., 2011, p. 83-94.

¹⁷ Aqui esta teoria se aproxima muito do Originalismo norte-americano, que defende, para interpretação da Constituição a busca da vontade dos *Founding Fathers* e que é alvo de diversas críticas por parte dos próprios americanos. Cf., sobre o tema, TAVARES, André Ramos. O originalismo e a Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 15-24, jul./set. 2007.

que “nem todas as situações pensáveis a partir do referencial linguístico de um preceito jusfundamental se incluem no âmbito de proteção da norma. [...] Há situações que, embora semanticamente incluídas na norma de direito fundamental, não acham nela proteção.” (2009, p. 323). Gilmar Mendes afirma que “nem tudo que se pratica no suposto exercício de determinado direito encontra abrigo no seu âmbito de proteção” (2009, p. 375). Dmitri Dimoulis e Leonardo Martins, a seu turno, defendem que “a Constituição Federal indica os casos nos quais uma comunicação [no exemplo que utilizavam] que faz parte da área de regulamentação *não goza de proteção constitucional, excluindo-os, portanto, da tutela constitucional.*” (2009, p. 126). Por fim, André Ramos Tavares advoga que os direitos fundamentais: “1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil” (2011, p. 534)¹⁸.

A jurisprudência do STF também é prenhe de considerações nesse sentido. Ela já disse, por exemplo, que “não há direito constitucionalmente assegurado à prática do trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes” (RHC 59.104, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 03/11/1981). Decidiu também que práticas de curandeirismo não estariam albergadas na liberdade de religião (RHC 62.240, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 114/1038). Ou ainda que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC 70.814, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 176/1136). Todas essas são exclusões de condutas *a priori* do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais.

Entretanto, isto é de um imenso perigo. Primeiramente, porque esta teoria tende a um exagerado conservadorismo (não em seu sentido político, mas no sentido de conservar sempre as mesmas posições). Elas tendem a uma “impossibilidade de atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade cambiante” (SILVA, V., 2011, p. 95). A partir dela (principalmente em seu enfoque histórico-genético), a proteção fornecida pelos direitos fundamentais ficará sempre restrita àquilo que se queria proteger quando se promulgou a Constituição.

Mas não é só. Quando se exclui de antemão uma conduta, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental, a consequência desta exclusão é que “*não importa que interesses haja na proteção [...], essa é uma proteção que a lei ordinária criou e que, portanto, poderá abolir quando quiser.*” (SILVA, V., 2006a, p. 32, grifos do autor).

¹⁸ Diga-se, entretanto, que a adoção de um suporte fático restrito por esses autores tornam insustentáveis posições que eles próprios assumem no estudo de outras questões correlatas. Isto será analisado *infra*.

Também desta exclusão *a priori* surge a principal dificuldade desta teoria: com base em quais critérios essas condutas que, *prima facie*, poderiam ser consideradas como garantidas pelo direito em questão, poderão ser excluídas em abstrato e em definitivo do âmbito de proteção da norma? Nenhum autor responde a essa pergunta de maneira clara.

Em verdade, esta teoria se apoia em uma “intuição”, como se vê nos exemplos caricatos trazidos pelo professor Vieira de Andrade. Em casos mais complexos (como o caso de nosso exemplo ou o caso da “Farra do Boi” julgado pelo STF no RE 153.531, Rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, j. 03/06/1997 ou o caso da “briga de galo” também julgado pelo STF na ADIn 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/05/2011) é absolutamente impossível se dizer, desde logo, se a ação está ou não acolhida no âmbito de proteção.

2.3.3 Suporte fático amplo

2.3.3.1 Características

Percebe-se, pois, que independente das estratégias utilizadas, todas as teorias que defendem um suporte fático restrito tem como objetivo fundamentar o que se inclui e o que não deve se incluir no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito (restrição *vs.* regulação). As debilidades destas teorias, diz Alexy, “consistem na não-fundamentação da exclusão definitiva da proteção do direito fundamental como um jogo de razões e contra-razões...” (2011, p. 321).

Um modelo baseado em um suporte fático amplo é isento destas questões, pois o decisivo, nele, não é a análise exaustiva do âmbito de proteção ou do conceito de intervenção estatal, mas sim da *argumentação possível* no âmbito da *fundamentação constitucional* dessas intervenções, e esta mudança de foco tem impacto decisivo em toda a atividade (dogmática e jurisdicional) preocupada com os direitos fundamentais (SILVA, V., 2011, p. 94).

Com base nesta teoria, a resposta a todas as questões do professor Vieira de Andrade seria “sim”. Mas este “sim” se refere unicamente a uma garantia *prima facie* dos direitos envolvidos, o que nem de longe significa que eles terão uma garantia definitiva. Esta garantia definitiva somente poderá ser dada a partir de uma regra que advenha de uma relação condicionada de precedência obtida por meio de sopesamento.

O que, então, é protegido pelos direitos fundamentais? A resposta a essa pergunta, ao contrário do que ocorre com as teorias que se baseiam em um suporte restrito, é menos problemática no caso das teorias que pressupõem um suporte amplo. A razão

é simples: no primeiro caso, a definição do suporte restrito é, em geral, a própria definição daquilo que é definitivamente protegido; no segundo caso - suporte amplo - definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não. (SILVA, V. 2006a, p. 34)¹⁹

Como se defendeu até agora, uma das principais características da teoria dos princípios é a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Essa distinção sedimenta a base da ideia de um suporte fático amplo. É por isso que toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis (SILVA, V., 2011, p. 109; Idem, 2006, p. 34-35).

Quando se pergunta, então, o que é protegido pela liberdade de expressão, a resposta deve ser toda manifestação de opinião. Não importa, portanto, o conteúdo, a forma, local, modo ou quaisquer outras circunstâncias sobre como essa opinião é exercida, e o mesmo se aplica a todos os outros direitos fundamentais²⁰.

Estar-se-ia, então, diante de “direitos absolutos”? Obviamente que não, pois como dito quando se iniciou esta abordagem, a definição do âmbito de proteção só nos dá o que é protegido *prima facie*, mas que pode vir a sofrer restrições posteriores.

É perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em intervenção estatal fundamentada. Quando isso ocorre, não se está diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma restrição. Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação). Como se pode perceber, um dos pontos centrais da tese defendida é a restringibilidade dos direitos fundamentais. (SILVA, V. 2006, p. 35)²¹

¹⁹ Nos dizeres, de Alexy, “(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes” e “(2) No campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas” (ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 322).

²⁰ E para se demonstrar uma decisão neste sentido basta se lembrar do célebre caso da ADIn 1969, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 30/08/2007, onde o STF considerou inconstitucional norma do Distrito Federal que proibia realização de manifestações públicas com utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, por ser uma *restrição* (e não mera regulamentação) à liberdade de reunião, não obstante a norma versasse apenas sobre a *forma* de exercício da reunião.

²¹ Nesses casos a formulação lógica do conceito de suporte fático deixa de ser $(x)(APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCJx)$ para se tornar: $(x)(APx \wedge FC(IEx) \leftrightarrow \neg OCJx)$.

Fixadas essas premissas, é chegada a hora de se verificar quais as consequências de se adotar esta posição. Para isso dedicamos o tópico abaixo.

2.3.3.2 Consequências

A maior consequência, cremos, na adoção de um modelo de suporte fático amplo é que as exigências que esse modelo impõe à argumentação implicam um maior grau de proteção aos direitos fundamentais (SILVA, V., 2011, p. 111).

Com a adoção deste modelo, não ocorre ampliação somente no âmbito de proteção estatal, mas também uma consequente ampliação na extensão do conceito de intervenção (que também é parte do conceito de suporte fático). E se a proteção *definitiva* de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito de proteção como *restrição constitucionalmente aceita* ou como *violação inconstitucional*, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão tanto de seu âmbito de proteção quanto do conceito de intervenção. Excluir aprioristicamente condutas, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção ou não considerar intervenção toda potencial restrição a esse âmbito de proteção finda por retirar do legislador (ou administrador ou julgador) o ônus argumentativo para demonstrar a constitucionalidade da intervenção.

Considerando amplos o âmbito de proteção e o conceito de intervenção estatal, qualquer intervenção é acompanhada de um enorme ônus argumentativo para justificar sua constitucionalidade. Já se considerarmos amplo só o âmbito de proteção, muitas ações estatais que regulamentem a forma de exercício do direito não serão consideradas restrições e serão tidas por constitucionais. Se não aceitarmos um conceito de âmbito de proteção amplo, a conduta é excluída *ab initio* e a ação estatal que a restrinja não necessita sequer de fundamentação, pois, nesses casos, o direito simplesmente não existe, como diz Paulo Gonet Branco (2009, p. 323).

O que se quer deixar aqui bem claro é nossa preocupação em criar exigências de fundamentação (ônus argumentativo) para a intervenção estatal e as implicações importantes que a exclusão de certas condutas do âmbito de proteção estatal tem toda a atividade jurídica preocupada com a proteção dos direitos fundamentais.

Excluir certas condutas do âmbito de proteção do direito fundamental é o mesmo que excluir qualquer necessidade de fundamentação para intervenção estatal. Se a norma não interveio no âmbito de proteção de um direito fundamental a conclusão automática (que prescinde de fundamentação) é a constitucionalidade do ato, já que sem direito fundamental a

ser protegido a constitucionalidade – ou proporcionalidade – do ato não pode ser questionada (o que não restringe direitos não pode ser desproporcional). Também várias normas de direito fundamentais atribuídas criadas por legislação infraconstitucional poderiam ser excepcionadas ou eliminadas por completo pelo legislador ordinário sem necessidade de fundamentação (SILVA, V., 2011, p. 124-125).

Tudo isto, é fácil se perceber, implica uma garantia menos eficaz desses direitos na atividade legislativa e jurisdicional, pelo motivo de excluir o ônus argumentativo de vários atos estatais que, inegavelmente, restringem direito.

2.4 Restrições a Direitos Fundamentais

2.4.1 Introito: restringibilidade dos direitos fundamentais

Que direitos (sejam eles fundamentais ou não) podem ser “limitados” ou “restringidos” é uma conclusão intuitiva. A existência de um direito absoluto, que não pudesse sofrer nenhum tipo de restrição ou limite é algo impensável em um sistema jurídico dotado de um mínimo de racionalidade²².

Neste diapasão, o modelo defendido acima, ao ampliar a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o conceito de intervenção estatal, expandido a proteção e alcance dos direitos fundamentais, deve arcar com as consequências desta expansão: a colisão entre direitos fundamentais e a necessidade de restrição deles em certas situações, a fim de manter a harmonia do ordenamento.

Os itens que a seguir serão desenvolvidos tem por objetivo o trato destas questões, que pode ser dividido em dois passos: (1) analisar relação entre o direito e suas restrições (*teoria externa*) ou limites (*teoria interna*); e (2) explorar a principal forma de controle às restrições aos direitos fundamentais: *a regra da proporcionalidade*²³.

²² “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto...” (STF, MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000).

²³ Embora o termo corrente no Brasil seja “princípio da proporcionalidade” (cf. MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso*, op. cit. 2009, p. 353-370), várias outras denominações já foram propostas, como “critério da proporcionalidade” (cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 772; DIMOULIS; MARTINS, *Teoria*, op. cit., 2009, p. 159), “dever de proporcionalidade” (ÁVILA, *A distinção*, op. cit. 1999, *passim*). Quanto a essa nomenclatura, cf. SILVA, V., *O proporcional*, op. cit., 2002, *passim*. O importante é esclarecer que não obstante a expressão corrente “princípio da proporcionalidade”, a proporcionalidade não tem a estrutura de princípio nos moldes aqui defendido, e sim de verdadeira regra. Cf. SILVA, V., *Direitos Fundamentais*, op. cit. 2011, p. 168-169; ALEXYY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 117, nota 84.

O primeiro desses pontos está intimamente ligado à questão do suporte fático dos direitos fundamentais. Será visto que a utilização *precisa* de termos como “restrições”, “sopesamento”, “ponderação” ou “proporcionalidade” (que são bastante utilizados na nossa doutrina e jurisprudência abundantemente) é indissociável da relação entre o *direito*, de um lado, e seus *limites* ou *restrições*, de outro.

2.4.2 Teoria Interna

“O seu direito termina quando o meu começa”. Essa singela frase, bastante utilizada por leigos e juristas e que já faz parte de nosso jargão cultural, bem resume a teoria interna. Segundo ela, o processo de definição dos direitos é algo *interno* ao próprio direito (daí seu nome). Para seus defensores, então, não existem duas coisas distintas (o direito e sua restrição), mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. Dúvidas acerca dos *limites* do direito não são dúvidas sobre quão extensa é sua restrição, mas sobre quão extenso é o conteúdo do próprio direito (ALEXY, 2011, p. 277-278). A fixação desses *limites*, por ser um processo interno ao direito em si considerado, não é definida ou influenciada por aspectos externos a ele – sobretudo por colisões com outros direitos (SILVA, V., 2011, p. 128).

Esta primeira constatação, de que a definição do conteúdo e extensão de cada direito não depende de fatores externos, já deixa bem claro que, do modelo normativo decorrente desta teoria resultam normas de direito fundamental tem *sempre* a estrutura de *regras*²⁴. Por conseguinte, toda vez que alguém exerce algo garantido por norma de direito fundamental, essa garantia é definitiva, e não *prima facie*.

A impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes. Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito “em si”, não pudesse ele ser exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos. (SILVA, V., 2006a, p. 38, grifos do autor)

Assim, se o direito subjetivo existe, ele pode ser exercido no *âmbito de seus limites*, o que impede de se aceitar que um direito seja permitido *prima facie*, mas ser restringido em

²⁴ Esta constatação, que nos parece lógica, não é aceita pela unanimidade da doutrina. Em Portugal, predomina o entendimento da compatibilidade da proporcionalidade com a teoria dos limites imanentes. Nesse sentido, cf. ANDRADE, Vieira. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004, *passim*. Uma abordagem crítica a esse respeito na doutrina portuguesa pode ser encontrada em: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 126 e ss.

decorrência de outras circunstâncias do caso concreto (sejam elas fáticas ou jurídicas). O direito simplesmente não existe nesses casos, diz Paulo Gonet Branco (2009, p. 323).

A principal estratégia argumentativa para demonstrar a viabilidade desta teoria para limitar direito “por dentro”, como forma de excluir fatores internos, é expressa pela figura dos *limites iminentes*²⁵. Para não ter que partir de um pressuposto insustentável de “direitos absolutos”, a teoria interna defende que os direitos fundamentais têm seus *limites definidos* pela própria Constituição. Foi o que fez o STF quando afirmou que as garantias constitucionais “não são incondicionadas, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal”. (HC 82.424, Rel. Min. p/ac. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/2004). Também é o que afirma Paulo Gonet Branco ao dizer que: “A especificidade do bem que o direito fundamental visa proteger conduz à revelação de *limites máximos de conteúdo*.” (2009, p. 323, grifos nossos).

O STF, ao se dizer que o antissemitismo não é abrangido pela liberdade de expressão, indiretamente decidiu que essa liberdade encontra seu *limite* no próprio texto constitucional. Ou seja, possui um *limite* que lhe é *imane*nte.

A opção pelo termo “limite” [...] é proposital, já que pretende denotar [...] que, nesses casos, não se deve falar em restrições aos direitos fundamentais ou de colisão entre eles, mas de meros limites que decorrem da própria constituição. Nesse sentido, é comum dizer que tais limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, já que não se pode falar em liberdade ou em direitos ilimitados e que é tarefa por excelência da interpretação constitucional tornar seus contornos os mais claros possíveis. (SILVA, V., 2011, p. 132)

A diferença entre *restrição* e *limites iminentes*, então, salta aos olhos. Enquanto as colisões *constituem* novas restrições, o que os *limites iminentes* fazem é *declarar*, por meio da interpretação, limites *previamente* existentes. No exemplo dado do antissemitismo, dir-se-á que a liberdade de expressão nem ao menos protege este ato, que está *fora* de seu *limite*. A proibição desta conduta, pois, não é instituída por *restrição*, mas por *mera não-proteção*.

2.4.2.1 Críticas

A principal crítica à teoria interna é, tal qual a das teorias que advogam um suporte fático restrito aos direitos fundamentais, a ausência de parâmetros seguros para se definir o que é protegido (i.e., *dentro* dos limites iminentes) e o que não é. Todas as críticas que lá foram feitas, então, valem aqui também. O mais importante agora é notar, como se

²⁵ Para outras estratégias argumentativas, cf. SILVA, V., *Direitos Fundamentais*, op. cit. 2011, p. 133-138.

demonstrou acima, que a figura dos limites imanente e o conceito de sopesamento são *mutuamente exclusivos* (SILVA, V., 2009, p. 133). Esta ideia será melhor analisada quando tratarmos da regra da proporcionalidade, *infra*.

2.4.3 Teoria Externa

Ao contrário da teoria interna, que afirma a existência de tão-só um objeto (o direito e seus limites imanentes), a teoria externa pressupõe a existência de dois objetos: em primeiro lugar, o *direito em si*, e, destacado dele, as suas *restrições*. Como diz Alexy:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e a sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição foi definida dessa forma, então há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a restrição, o *direito restringido*. (ALEXY, 2011, p. 277)

Embora seja possível que num ordenamento os direitos se apresentem exclusivamente restringidos (já que não há direito absoluto), eles – ao menos em tese – são concebíveis sem restrições. Por isso, diz a teoria externa, entre o conceito de direito e o de restrição não há nenhuma relação necessária. Esta relação somente surge quando da exigência, *externa ao direito em si*, de se conciliar os direitos de diversos indivíduos ou direitos individuais e coletivos.

A teoria externa é, como se vê, estreitamente ligada e a única compatível com a teoria dos princípios. Se os direitos fundamentais são garantidos quase sempre por uma norma que consagra um direito *prima facie* (norma com estrutura de princípio) e seu suporte fático é o mais amplo possível (no modelo que estamos defendendo) é inevitável sua colisão com outras normas, as quais poderão exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas colidentes, então, constituem *restrições* ao direito fundamental garantido pelo princípio em jogo. A relação entre teoria do princípio, suporte fático e teoria externa se revela bem notável.

Um princípio, como mandamento de otimização, é *prima facie ilimitado*; mas como o ordenamento não pode consagrar direitos absolutos, a própria ideia de mandamento de otimização já revela que a realização de um princípio pode ser *restringida* por princípios colidentes (o que é justamente o critério distintivo entre regras – consagradoras de direitos

definitivos – e princípios – que consagram direitos *prima facie*)²⁶. Essa distinção é pressuposta e exigida pela teoria externa.

É por isso que Alexy diz que a adoção de uma ou outra teoria é algo que depende essencialmente da concepção de norma de direitos fundamentais como regras ou princípios, ou seja, se se aceitam as posições de direitos fundamentais como definitivas ou *prima facie*. Partindo de concepções definitivas, só podemos adotar a teoria interna. Partindo de posições *prima facie*, é obrigatória a adoção da teoria externa (ALEXY, 2011, p. 278).

O direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e *a priori*. Somente nos casos concretos [...], após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, [...] é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. (SILVA, V., 2011, p. 140)

Agora que definimos o pressuposto que os direitos fundamentais são *restringíveis*, é necessário indagar o que *são* essas restrições e *como* elas podem *ocorrer*. A primeira questão é respondida por Alexy:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais [...] e as posições *prima facie* garantidas por direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há estreitas relações. Princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos [...]. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. (ALEXY, 2011, p. 281)

Embora essa resposta tenha caráter um tanto quanto tautológico (pois utiliza o *conceito de restrição* para *definir restrição* a direitos fundamentais), ela deixa claro que

²⁶ Interessante crítica é feita pelo professor grego Stavros Tsakyrakis, segundo o qual a proporcionalidade seria uma ideia “contra a liberdade total”. “*First, it denies the distinctiveness of human rights by taking them to be on a par with other types of interest. Thus any human interest becomes a prima facie right.[5] Second, it does not afford rights absolute protection. Rather, it seeks the ‘optimization’ of such prima facie rights. To achieve this, it proceeds by balancing the competing interests by way of establishing whether a measure interfering with a prima facie right is suitable, necessary or excessively burdens the individual compared with the benefit it aims to achieve. In this process the moral inquiry that is fundamental in human rights cases takes the backseat. Indeed, we no longer ask what is right or wrong in a human right case. Instead, we are called to investigate whether something is appropriate, adequate, intensive, or far reaching.[6] I have said that ‘the principle of proportionality assumes that conflicts of values can be reduced to issues of intensity or degree and, more importantly, it assumes further that intensity and degree can be measured by a common metric (something like a natural force), and that this process will reveal the solution of the conflict. Thus it pretends to be objective, neutral, and totally extraneous to any moral reasoning.’*” (TSAKYRAKIS, Stavros. *Total Freedom: the Morality of Proportionality*. Disponível em: < <http://constitutionalism.gr/html/ent/288/ent.2288.asp>>. Acesso em 22 de junho de 2012.

restrições a direitos fundamentais são *normas*. E normas, como vimos, são *regras* e/ou *princípios*²⁷.

Em geral, a restrição a direitos fundamentais se dá por *meio* de *regras*. Uma regra é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo (ALEXY, 2011, p. 283).

Um exemplo claro disso é a norma (com estrutura de regra) que proíbe dirigir usando calçado que não se firme nos pés ou que comprometa a utilização dos pedais (art. 252, IV, do CTB). Esta norma (e inúmeras outras) proíbe uma conduta que é permitida *prima facie* por um direito fundamental. Já que a Constituição não contém essa exigência, enquanto não houvesse lei que obrigasse o motorista a usar um tipo determinado de calçado, ele possuía um direito *prima facie* a não o usar. Esta regra, então, é uma restrição a direito fundamental, porque com a sua vigência surge, no lugar de uma liberdade *prima facie*, uma não-liberdade definitiva.

Alguns defendem que nesses casos existe uma colisão entre um princípio e uma regra. Cremos que, como defende o professor Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 141-142), não é o caso. Em verdade, a quase totalidade dos casos de aparente colisão entre regras e princípios nada mais é que o resultado de um processo de restrição ao princípio cujo resultado é expresso por uma regra (como já dissemos acima, ao tratar do tema). Assim, quando o art. 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional, não há aí uma colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à imagem do menor. O que há é uma avaliação de conveniência do legislador, que sopesou de antemão os princípios envolvidos e criou uma regra que é o resultado deste sopesamento. Como diz o professor Virgílio Afonso da Silva, “a regra *impõe uma restrição* à liberdade, *não colide com ela*; a colisão ocorre antes, entre os dois princípios mencionados, *cujas resoluções se expressa na regra*” (2011, p. 142). É justamente por isso que se diz que a restrição se dá *por meio* de regra, e não *baseada* nela. Ela restringe o direito fundamental de forma *direta*, criando desde logo uma não-liberdade definitiva.

²⁷ Grande parte dos doutrinadores, quando tratam das restrições a direitos fundamentais iniciam sua exposição se utilizando do conceito de *reserva legal*. Assim, p.ex., MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso*, op. cit. 2009, p. 340-348; DIMOULIS; MARTINS, *Teoria Geral*, op. cit., 2009, p. 138-147. Não abordaremos essa questão por dois motivos principais: (1) ela não possui grande relevância para as conclusões deste trabalho; (2) não julgamos necessário ou mesmo conveniente a utilização do conceito de reserva legal para a Constituição brasileira. Neste ponto, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição tem um sistema de reserva legal? In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Existem casos, entretanto, em que não há uma regra que discipline a colisão entre dois princípios. É o caso do exemplo levantado no começo deste estudo, acerca do cidadão *C* e do jornalista *J*. Esta situação de colisão, por exemplo, não foi objeto de ponderação pelo legislador. Em casos deste jaez, o que ocorre é uma restrição *baseada* em princípios. Quando o STF diz que “razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas” (MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000), ele está a fazer referência a uma restrição a direito fundamental com caráter de princípios.

Mas os princípios, por não importarem em direitos definitivos, por si só não são capazes de colocar o indivíduo em determinadas posições definitivamente restringidas, como a não-liberdade ou o não-direito (ALEXY, 2011, p. 284). Como, então, resolver essa questão?

Nessas situações cabe ao juiz decidir qual o princípio deverá prevalecer, com base nas condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A restrição, portanto, apenas se *baseia* no princípio, mas não é feita *por meio* dele, e sim por meio de uma decisão judicial. Por isso se afirma que as restrições se dão *por meio* de regras e *baseadas* em princípios. O importante, contudo, é se fixar que a solução se dará através de uma regra advinda de uma relação condicionada de precedência, como vimos.

Para se alcançar uma restrição definitiva é necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o(s) princípio(s) que o restringe(m) [...]. Um *princípio* é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. (ALEXY, 2011, p. 284-185)

Agora que sabemos como as relações entre o direito e suas restrições se dão e de que modo essas restrições podem ocorrer é chegada a hora de se verificar quais as consequências da adoção das teses até agora defendidas. Esta abordagem é o tema central do próximo item.

2.4.4 Consequências dogmáticas da adoção das teorias ora defendidas

A distinção entre teoria interna e externa parece ser questão bizantina de escritores que vivem *nelle nuvole*, distanciados da práxis de solução dos casos jurídicos reais²⁸.

²⁸ Tal qual o geógrafo sem exploradores cunhado por Antoine de Saint-Exupéry (*O Pequeno Príncipe*. 48 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009, p. 51-54).

Tal conclusão não poderia ser mais equivocada. Grande parte de conceitos, expressões e ideias de uso corrente em nossa doutrina e jurisprudência são frutos das diferenças entre essas duas teorias e da conjugação delas com o conceito de suporte fático.

Ao abordar o tema dos limites imanes, Suzana de Toledo Barros chega à conclusão que: “A existência de limites imanes decorre, em última análise, do caráter de princípios das normas de direitos fundamentais e de seus efeitos considerados dentro do sistema jurídico” (BARROS, 2000, p. 170).

Com o devido respeito, não podemos concordar com esta opinião, pois, como julgamos ter deixado claro, não é possível fundamentar limites imanes aos direitos fundamentais a partir de sua estrutura de princípio, já que estes conceitos são mutuamente excludentes (SILVA, V., 2009, p. 133 e 164; ALEXY, 2011, p. 278).

A natureza dos princípios, ao garantir direitos *prima facie* que podem ser restringidos em determinadas circunstâncias do caso, revela uma de suas principais características: a possibilidade de seu *sopesamento*. Este *sopesamento* é aquilo que liga e – fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* do princípio com o dever-ser definitivo em cada caso concreto (SILVA, V., 2011, p. 165). Foi justamente como *alternativa ao sopesamento* e à ideia de *restrição* que os limites imanes são concedidos. Se os limites já estão contidos no próprio direito, jamais se poderá conceber uma restrição imposta a partir do exterior (*sopesamento*). Não pode haver, pois, uma distinção entre princípios e regras nas teorias que acolhem limites imanes.

Isto também já se leva a intuir a *incompatibilidade* do conceito de limites imanes e a exigência de *sopesamento*. “Se os limites de cada direito são definidos internamente e se não há possibilidade de restrição constitutiva externa, é evidente que não há qualquer possibilidade de *sopesamento* entre direitos fundamentais.” (SILVA, V., 2011, p. 165). Esta incompatibilidade decorre de uma conclusão lógica da teoria interna: a de que as colisões deixam, simplesmente, de existir. Situações de colisões aparentes são resolvidas por meio da interpretação da norma constitucional, a qual revelará que uma das condutas ultrapassou os limites imanes do direito em questão (caso em que, então, o direito não existe). Isto afasta automaticamente a figura do *sopesamento*, cuja realização pretende justamente resolver colisões. “Sem colisões não há *sopesamento*.” (SILVA, V., 2011, p. 166).

A grande questão, agora, passa a em tal noção de *sopesamento*, que é o único meio de se solucionar restrições baseadas em princípios, em especial nos parâmetros para que se estabeleça uma relação condicionada de precedência. É sobre esta questão que nos debruçaremos agora.

2.4.5 A regra da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade já foi citada, *en passant*, muitas vezes nesta obra. Agora é chegada a hora de falarmos de sua estrutura e formas de aplicação, bem como de suas ligações com um modelo de suporte fático amplo e a teoria externa.

2.4.5.1 Adequação

É uma constatação lógica que uma intervenção estatal deve ter um fim constitucionalmente legítimo, que via de regra, é a realização de outro direito fundamental. Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, é responder a seguinte indagação: a medida adotada é *adequada* para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?

Para entender melhor esta questão, imaginemos que uma medida (M_1) restrinja um princípio (P_1) sob a justificativa de realizar um objetivo (Z)²⁹, requerido por – ou idêntico a – outro princípio (P_2). Se o juiz, após examinar as circunstâncias *fáticas* do caso concreto, entender que M_1 não é *adequada* para fomentar ou realizar o objetivo Z , então M_1 não é exigida por P_2 . Para P_2 , então, é indiferente se M_1 é ou não adotada. Se M_1 , sob essas condições, afeta negativamente a realização de P_1 , então a sua adoção é vedada por P_1 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades *fáticas* (ALEXY, 2011, p. 120).

Alguns autores entendem que é preciso não só que a medida não seja apta somente a *fomentar*, mas a que seja apta a *alcançar* o resultado pretendido (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 366; Idem, 2000, p. 248). Acreditamos que isto não pode ser considerado correto, pois dificilmente será possível dizer, desde logo, se uma medida realizará ou não o objetivo a que se propõe, até porque muitas vezes o legislador deve agir em momentos de incertezas e é obrigado a fazer previsões que não são possíveis de saber se serão atingidas. Nesses casos, “qualquer exigência de plena realização de algo seria uma exigência impossível de ser cumprida.” (SILVA, V., 2011, p. 170).

2.4.5.2 Necessidade

Com o termo necessidade, como subprincípio da proporcionalidade, não se quer dizer que algo precisa “necessariamente ser feito”, uma situação de urgência (algo como o

²⁹ Aqui se utiliza a letra Z para representar o objetivo que se busca realizar para evitar que a representação com a letra O seja confundida com a do operador deontico para “dever”, este sim representado por O (*ought*).

periculum in mora exigido pelas decisões liminares). Primeiro porque a adoção da medida pode ser uma questão de oportunidade e/ou conveniência; não há relação alguma entre necessidade e exigibilidade de uma conduta. Segundo porque o exame de necessidade é uma teste *comparativo*: “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.” (SILVA, V., 2002, p. 38).

Para este exame, vamos supor que o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P_1 e há duas medidas igualmente adequadas (M_1 e M_2) que podem realizar ou fomentar Z . Dentre ambas as medidas, M_2 afeta menos intensamente que M_1 – ou simplesmente não afeta de forma alguma – a realização daquilo outro princípio P_2 , que se encontra em colisão com P_1 exige. Nestas condições, para P_1 é indiferente a escolha de M_1 e M_2 , mas para P_2 essa escolha não é indiferente.

Na qualidade de princípio, P_2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P_2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M_2 em vez de M_1 . Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida. (ALEXY, 2011, p. 119).

Fica claro, então, a diferença entre o exame da necessidade e da adequação. Enquanto este é absoluto e linear (refere-se a relação meio-e-fim entre uma medida e um objetivo), aquele tem um diferencial: a consideração das medidas alternativas para se obter o mesmo fim. É um exame, como já se disse, *comparativo*. Como disse o BVerfG:

Atos normativos segundo o Art. 12 I 2 GG precisam sempre ser estatuídos no “degrau” onde a intervenção na liberdade da escolha profissional for a mais sutil possível. O legislador somente poderá subir ao próximo “degrau” se puder ser demonstrado, que, com elevado grau de probabilidade, os perigos temidos não poderão ser efetivamente combatidos com os meios (constitucionais) do degrau imediatamente inferior. (BVerfGE, 7, 377; MARTINS, 2005, p. 596)

Este exame não apresenta dificuldades nos casos mais simples, onde ambas as medidas são igualmente adequadas e uma delas restringe mais que a outra um princípio. A questão passa a ser mais complicada quando: (1) M_1 é mais eficiente para o objetivo Z , mas M_2 é menos gravosa em relação à P_2 ; (2) M_2 é mais eficiente para o objetivo Z , mas M_1 é menos gravosa em relação à P_2 . Em ambos a medida mais eficiente é também mais gravosa. Nesses casos, entendemos que é decisivo no exame da necessidade a *eficiência*. Em primeiro

lugar porque caso fosse necessário sempre se escolher a medida menos gravosa seria sempre melhor o Estado ser omissivo: a omissão, apesar de ser ineficiente para realizar o objetivo *Z*, seria sempre menos gravosa. Segundo, a escolha da medida mais eficiente não significa desproteger o direito restringido em favor da eficiência a todo custo; esta proteção apenas é deslocada para um exame posterior.

2.4.5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Muitos autores sustentam que a adequação e a necessidade são os únicos subprincípios a formar a regra da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 366; Idem, 2000, p. 248; DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 178-179 e 201-209³⁰). Não cremos que este seja um posicionamento coerente com os pressupostos que adotamos.

Caso se entenda que seja suficiente os exames da adequação e necessidade, uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas restringisse outros vários direitos de forma extremamente intensa, teria que ser sempre considerada proporcional (SILVA, V., 2011, p. 174).

Em nosso exemplo, se tanto M_1 quanto M_2 restringem a realização de P_2 e M_2 o faz numa escala menor que M_1 , ainda que partamos da suposição que elas são as únicas medidas adequadas à realização do objetivo *Z*, exigido por P_1 , elas não esgotam as possibilidades *fáticas* para a realização de P_2 , pois dos pontos de vista das possibilidades *fáticas* uma ainda maior realização de P_2 é alcançada se nem M_1 nem M_2 são levadas a cabo. Os exames anteriores (adequação e necessidade) permitem apenas privilegiar M_2 em relação à M_1 .

Que uma das duas alternativas tenha que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades *fáticas*, isto é, não é uma questão que tenha para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre P_1 e P_2 (proporcionalidade em sentido estrito). É por isso que, caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P_2 , ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento. (ALEXY, 2011, p. 119-120)

Como, no exame da necessidade, o decisivo é a *eficiência* da medida (entre a medida mais eficiente e mais gravosa e aquela menos eficiente e menos gravosa deve-se escolher a

³⁰ Em verdade, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins incluem quatro passos para se aferir a proporcionalidade da medida: licitude do propósito perseguido, licitude do meio utilizado, adequação do meio utilizado e necessidade do meio utilizado (DIMOULIS; MARTINS, *Teoria Geral*, op. cit. 2009, p. 178-201). Entretanto, como bem ressalta André Ramos Tavares, os dois primeiros passos são um exame de *constitucionalidade* da medida estatal, que não inclui necessariamente análises de sua *proporcionalidade* (TAVARES, *Curso*, op. cit., 2011, p. 780).

primeira), a proporcionalidade em sentido estrito tem a função principal de evitar o uso indiscriminado de medidas exageradas, isto é, “evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.” (SILVA, V., 2011, p. 175). Para que uma seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Se a importância da realização do direito fundamental no qual a limitação se baseia não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (SILVA, V., 2002, p. 41).

Este terceiro passo, então, consiste num sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva³¹.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. (ALEXY, 2011, p. 117-118)

Esta tarefa não é fácil de ser alcançada. Sempre será problemático decidir se o grau de realização de um princípio P_1 justifica o grau de restrição a um princípio P_2 (ou $P_3, P_4... P_n$). Esta é a principal crítica ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (e à teoria de Alexy): a falta de racionalidade. Segundo essa linha, todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado, por lhe faltar critérios racionais de decisibilidade (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 201-209). Esta crítica não nos parece convincente.

Em primeiro, porque é absolutamente impossível se criar um modelo de interpretação (ou aplicação) do Direito que seja desprovido de alguma subjetividade, até mesmo porque a decisão sobre o valor e/ou a hierarquia de um meio interpretativo ou de um argumento é um ato subjetivo do próprio intérprete, já que não há um “método para a escolha do método”³².

³¹ Este elemento da regra da proporcionalidade nos parece poder ser visto, de forma poética, na advertência que o rei faz ao Pequeno Príncipe, ao encontra-lo: “É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar [...] A autoridade se baseia na razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, todos se rebelarão. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.” (*O Pequeno Príncipe*, op. cit., 2009, p. 38)

³² “Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável. Por isso, não é possível falar, na argumentação jurídica, em ônus que não seja ônus *argumentativo*. Ou seja: não existe ônus da *prova* na argumentação (a não ser, claro, em questões fáticas), não existe um ônus de *demonstração*, existe um ônus *argumentativo*.” (SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na

Em segundo, porque todos os métodos que lhes são contrapostos, até mesmo a “mera” subsunção, também permitem subjetivismo por parte do intérprete, já que interpretar é sempre um ato de *vontade*. A interpretação do Direito realiza-se por um processo circular de compreensão: entre o texto e o intérprete se estabelece uma mútua referência; o leitor entende o texto a partir da posição de parcialidade que decorre de sua relação com o objeto mencionado no texto. O raciocínio dos magistrados, então, não é silogístico, mas redutivo e classificatório, pois ao atribuir uma interpretação ao signo “lei” usa sua a ideologia e ressignifica seu conteúdo: não só acrescenta algo ao direito, como o modifica constantemente.

O que nos parece decisivo, então, em qualquer método jurídico que se adote (subsunção, aplicação da “moldura normativa”, sopesamento, etc.), é a fixação de “parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação.” (SILVA, V., 2011, p. 148). A insegurança jurídica que se alega existir com a utilização do sopesamento, então, passa a carecer de sentido, pois não basta ao julgador a “simples escolha” de qual o direito que deva prevalecer no caso concreto, senão que ele apresente os *motivos de fato e de direito* que o levaram a decidir pela prevalência de P_1 sob $P_2, P_3 \dots P_n$. Esta fundamentação, além de possibilitar às partes saber o porquê de seu caso ter sido decidido desta maneira, possibilita o acompanhamento da atividade jurisdicional por parte da doutrina e da própria sociedade, a quem caberá exigir cada vez mais coerência – e consistência – por parte dos órgãos jurisdicionais. A verdadeira segurança jurídica, pois, não decorre simplesmente da escolha do método, e sim da fundamentação utilizada e do acompanhamento da coerência e consistência das decisões, o que independe do método de interpretação e aplicação do direito³³.

Os autores que negam este subprincípio dizem, ainda, que para os exames da adequação e necessidade existiriam parâmetros objetivos, enquanto neste haveria simples substituição do legislador pela subjetividade do juiz. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem esta posição e afirmam que: “Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão que permita medir e ponderar direito.”, razão pela qual “...a proporcionalidade em sentido estrito deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que [...] tem dado azo à usurpação da competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo por órgãos do Poder Constitucional.” (2009, p. 206).

interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011a, p. 367).

³³ Cf. sobre parâmetros para objetividade na interpretação jurídica, SILVA, V., *Ponderação*, 2011a, p. 363-380.

Não julgamos que os critérios de exame da adequação e da necessidade sejam assim tão objetivos. Quanto à adequação, a própria controvérsia doutrinária acerca de a medida ser apta a apenas *fomentar* ou *alcançar* já demonstra a subjetividade do exame: uma medida que seja apta a *fomentar* um objetivo será considerada adequada por uns, mas não por outros. Já no exame da necessidade, também não existem modelos matemáticos que respondam às questões acerca de que medida realiza melhor o objetivo perseguido ou que medida restringe menos o direito afetado. Estas perguntas envolvem, sem sombra de dúvidas, valorações subjetivas por parte do juiz, mesmo nos casos mais simples. Nos casos que envolvam diversas medidas estatais, diversos direitos restringidos e vários objetivos perseguidos, o exame da necessidade pode ser muito mais complexo e exigir mais valorações subjetivas que a proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, V., 2011, p. 178)³⁴.

2.4.5.4 Proporcionalidade e sopesamento

Algumas vezes no decorrer deste trabalho, já fora aventado que em alguns casos se deve recorrer ao *sopesamento* e em outras à *regra da proporcionalidade*. Apesar da importância desta distinção, ela é praticamente ignorada pela doutrina e jurisprudência.

Dissemos no tópico 2.4.3 que as restrições a um direito fundamental se dão por meio de regras ou princípios. Na maioria das vezes, esta restrição se dá por meio de regra veiculada em um texto normativo infraconstitucional, o que ocorre sempre que o legislador realiza, de antemão, um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado é expresso por meio da regra. Esta é a principal função da regra infraconstitucional no ordenamento. Tais regras, não raro, são questionadas judicialmente via controle de constitucionalidade e na verificação de constitucionalidade da regra que restringe direito fundamental, deve-se recorrer à *regra da proporcionalidade* para solucionar o caso, ou seja, indagar: (1) se a regra infraconstitucional que restringe um direito fundamental é adequada para fomentar seus objetivos; (2) se não há medida alternativa tão eficiente quanto, mas menos restritiva; e (3) se há um *equilíbrio* entre a restrição de um direito e a realização de outro (SILVA, V., 2011, p. 179).

Nos raros casos, porém, da colisão ainda não ter sido objeto de ponderação pelo legislador (i.e., no caso em que não há regra infraconstitucional disciplinando a colisão), deve

³⁴ Vale ainda comentar que Alexy tem tentado diminuir a subjetividade deste subprincípio com a utilização de modelos numéricos para maior controlabilidade de argumentações de sopesamento. Exemplo simples deste uso pode ser visto no modelo baseado na diferença do grau de intensidade na realização de um princípio e o grau de intensidade da restrição em outro princípio. Caso utilizarmos como variáveis os princípios P_i e P_j e para os graus de intensidade da realização e da restrição as variáveis I_i e I_j , teríamos a fórmula: $G_{i,j} = I_i - I_j$. Cf., para os métodos de controle dos subprincípios da proporcionalidade: ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p. 587-611.

haver uma aplicação *direta* dos princípios constitucionais ao caso concreto, com o *sopesamento* entre os princípios aplicáveis na resolução do caso concreto.

Mas por que é assim? Por que não se pode aplicar a regra da proporcionalidade nos casos em que não há regra disciplinando a colisão? Por um motivo muito simples: a aplicação da regra da proporcionalidade exige *uma medida concreta a ser testada*. Para responder se: (1) a *medida* é adequada para fomentar o objetivo fixado?; (2) a *medida* é necessária?; e (3) a *medida* é proporcional em sentido estrito?, é de clareza solar que é necessário uma *medida* a ser testada. Nos casos em que se aplica diretamente os princípios constitucionais, esta medida que deve servir como referência não está presente. “Se não há medida adotada, não há possibilidade alguma de se adotar a regra da proporcionalidade.” (SILVA, V., 2011, p. 179).

Regra da proporcionalidade e sopesamento – puro e simples -, então, não são sinônimos e nem aplicáveis indistintamente, embora a última etapa da regra da proporcionalidade seja uma aplicação do sopesamento.

2.4.5.5 Proporcionalidade, teoria dos princípios, limites imanescentes, restrições e regulamentações

Neste ponto devemos relacionar a regra da proporcionalidade com outros pressupostos teóricos defendidos neste trabalho: a teoria dos princípios, limites imanescentes, restrições e regulamentações.

Alexy diz que: “A teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios.” (2005a, p. 159). Afirmar isto nos parece possível, já que a natureza dos princípios implica a regra da proporcionalidade (e suas máximas parciais). Dito de outro modo, a regra da proporcionalidade decorre da natureza dos princípios e dela é deduzível.

Se princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades fáticas e jurídicas, nos parece que a adequação e a necessidade nada mais são que a relativização dos princípios face às possibilidades *fáticas*, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas* (ALEXY, 2011, p. 117-120). Quem rejeita a teoria dos princípios, então precisa rejeitar também a regra da proporcionalidade (ALEXY, 2005a, p. 159).

O recurso aos limites imanescentes, a seu turno, serve como forma de autolimitação dos direitos fundamentais, restringindo de antemão o suporte fático dos direitos fundamentais. Em ambos casos, já se disse, há uma diminuição no âmbito de proteção desses direitos, pois

menos condutas e posições jurídicas são consideradas protegidas, *prima facie*, sendo que esta redução não é acompanhada de uma exigência de fundamentação, pois é feita *ab initio*. Portanto, o recurso à regra da proporcionalidade torna-se dispensável e mesmo inviável, já que não é necessário fundamentar a vedação daquilo que sequer faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental.

É aqui que se revela em plenitude a contradição que foi apontada quando tratamos do suporte fático restrito. Como lá dissemos, autores como Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 323), Gilmar Mendes (2009, p. 375), Dmitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 126) e André Ramos Tavares (2011, p. 534), defendem – ainda não expressamente – um modelo de suporte fático restrito e, ainda assim, sustentam a ocorrência de colisões entre direitos fundamentais e a necessidade de se utilizar a regra da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 318-325, 328-392; DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 153-209; TAVARES, 2011, p. 772-788). Isso não é possível do ponto de vista dogmático, já que tais pressupostos são não só inconciliáveis, mas mutuamente *excludentes*. Como diz Virgílio Afonso da Silva, “escolher uma teoria” não é “uma questão de gosto, mas uma questão de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada” (2011, p. 185).

Por fim, quando se utiliza a dicotomia regulamentação/restrrição, muitas vezes a utiliza como argumento para sustentar que “meras regulamentações” não configuram intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, em clara restrição ao conceito de intervenção, a retirar a necessidade de fundamentação que as intervenções exigem³⁵. A utilização da regra da proporcionalidade, então, também é supérflua e incompatível com o pressuposto teórico.

Sejam os limites imanentes, sejam as regulações, é facilmente percebida a diminuição na capacidade de protetora de direitos fundamentais, devido à exclusão total e de antemão de um mecanismo controlador de intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que é a regra da proporcionalidade (SILVA, V., 2011, p. 181).

³⁵ É de fundamental importância alertar aqui que embora Alexy se utilize da dicotomia regulamentação/restrrição (por ele chamada de “restrrição e configuração”), ele não dá ao termo “regulamentação” o sentido dado por Rawls e que até agora empregamos, ou seja, normas que digam respeito ao tempo, local, meios ou quaisquer aspectos laterais utilizados no exercício das liberdades. Segundo Alexy, a diferenciação entre restrrição e conformação se dá pelo critério da “não-inibição”: “sempre que um sopesamento orientado pela máxima da proporcionalidade seja necessário (caso real de direitos fundamentais) ou simplesmente possível (caso potencial) não se pode falar em uma configuração, pois se trata de uma restrrição” (2011, p. 339). Cf. ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011, p.332-340.

2.4.5.6 Proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A ampliação no conceito de suporte fático, dissemos, importa também no aumento de colisão entre direitos fundamentais por motivos lógicos: aumentar seu âmbito de proteção termina por incluir situações que não seriam abarcadas, o que aumenta também a quantidade de choques no exercício desses direitos; e o aumento do conceito de intervenção estatal tende a ampliar o número de ações estatais que são consideradas restrições. Além disso, tais restrições, para serem consideradas *constitucionalmente fundamentadas* – e não *violações* a direitos fundamentais –, devem passar pelo exame de sua proporcionalidade. *Restrição* e *violação*, portanto, não são sinônimos.

Mas isto é compatível com a ideia de que o direito fundamental deva ter um *conteúdo mínimo* que lhe é *essencial* e *inviolável*? Esta pergunta parece ser muito bem resumida no entendimento do Min. Celso de Mello, segundo o qual: “a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina” (MS 24.369-DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, Informativo STF nº. 286/2002).

A leitura da decisão deixa claro que o Ministro faz menção ao método de ponderação para se resolver colisões entre direitos fundamentais que deve se guiar pelas condições do caso concreto para se encontrar o direito que deve prevalecer. O mesmo vale nos casos de aplicação da regra da proporcionalidade. A exposição que fizemos *supra* deixa clara a dificuldade que esta análise impõe. Resta, entretanto, verificar o que seria esse “conteúdo essencial dos direitos envolvidos” e o que significa o “esvaziamento” deste conteúdo (ou seja, quais restrições atingem e que não atingem esse conteúdo). É necessário saber, como diz Virgílio Afonso da Silva, se “é possível que uma restrição [...] *passe no teste da proporcionalidade e mesmo assim seja considerada inconstitucional, por esvaziar o conteúdo essencial de um direito fundamental?*” (SILVA, V., 2011, p. 182).

Responder esta questão será o objetivo do próximo capítulo deste trabalho. Esta análise será feita após abordarmos algumas breves características da competência de reforma constitucional e das cláusulas pétreas, em especial aquela inserta no art. 60, §4º, IV, da CRFB e o trato que a doutrina nacional tem dado a questão.

3 A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS

3.1 Brevíssimos apontamentos acerca da competência de reforma constitucional (“poder constituinte reformador”)

Analisando-se a partir de um prisma estritamente *jurídico*, o Estado deve sua existência ao fato de possuir uma *Constituição*. No exato momento em que a coletividade estatal se organiza e passa a possuir órgãos que querem e agem por ela, o Estado *existe*³⁶. Não exercem influência de qualquer sorte sobre a sua existência as transformações posteriores da Constituição e forma de governo³⁷.

O reconhecimento desta supremacia constitucional, embora hoje pareça óbvia, somente veio a ocorrer no início do século XIX nos EUA e no primeiro quartel do século XX na Europa³⁸. Deve-se ao abade Sieyès a primeira distinção efetiva entre poderes constituídos e poder constituinte (1982, p. 93). A partir deste momento foi que se começou a dar importância às questões relativas à elaboração da Constituição.

A principal contribuição de Sieyès foi a definição da *função* do poder constituinte, fruto direto da divisão dos poderes criado pelo Racionalismo e pelo Constitucionalismo embrionário. Esta separação só pode ser levada a cabo se existir um “poder superior” que seja capaz de realizá-la. Este poder é o *poder constituinte*, ou seja, aquele que “constitui” os poderes dele derivados (poderes “constituídos”). “Esse é o significado do Poder Constituinte (de poder constituir): é a manifestação soberana de vontade de um ou alguns indivíduos capaz de fazer nascer um núcleo social.” (TEMER, 2003, p. 29).

³⁶ Intencionalmente, dadas as limitações deste trabalho, não serão abordadas as incontáveis teorias que formularam conceitos sobre o Estado. Adotar-se-á a já clássica formulação de Eusébio de Queiróz Lima, segundo a qual: “Estado é uma nação encarada do ponto de vista de sua organização política” (*cf.* LIMA, Eusébio de Queiroz. *Theoria do Estado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1935, p. 7).

³⁷ *Cf.* neste ponto, AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1963, p. 126.

³⁸ Não é possível, nesta obra, analisarmos a evolução histórica do valor jurídico da Constituição. Sobre o tema, *cf.* MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso*, op. cit., 2009, p. 215-230. Esta evolução pode ser muito bem vista caso analisemos, nesta ordem, as concepções de BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011; HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003; LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994; MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das Leis*. 2 ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000; ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3 ed. 3 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A obra de Sieyès enfatiza que: “*La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Ça volanté est toujours légale, ele est la loi ele-même.*”³⁹. Este “poder” superior do qual decorrem os outros poderes, é, pois, a própria nação. É justamente ao fixar que a Constituição é produto da vontade da nação (o “poder constituinte”) e que é ela quem gera e organiza os poderes do Estado – sendo assim superior a eles – que o abade supera as antigas formas de legitimação dinástica do poder⁴⁰, substituindo-a pelo poder político de uma decisão originária da própria nação. E para que isto fosse possível, o conceito de *poder constituinte* foi dotado de predicados como a desvinculação a normas anteriores e onipotência, capaz de criar “do nada” e dispor de tudo a seu bel-prazer, já que o povo é soberano para ordenar o seu próprio destino e o de sua sociedade.

Desta noção é que decorrem os principais atributos do poder constituinte: ele é inicial, ilimitado e incondicionado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 232). É *inicial* pois é a origem do ordenamento jurídico, não pertence a ele. Daí porque também é *ilimitado*: se ele não pertence a nenhuma ordem jurídica, não pode ser objeto delas, as quais não lhe alcançam nem lhe cerceiam a atividade. “Pode decidir o que quiser. De igual sorte, não pode ser regido nas suas formas de expressão pelo direito preexistente, daí se dizer incondicionado” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 232).

Justamente pelo fato de ser *inicial, ilimitado e incondicionado* é que se pode chama-lo de *poder*, no sentido que Lassale atribui ao termo: algo que não é disciplinado juridicamente, mas existe incontestavelmente em toda sociedade (LASSALE, 1995, p. 29). É, pois, um *poder de fato*, já que não necessita de um ordenamento jurídico para existir ou lhe dar validade e nem é regido por ele.

Há que se distinguir, entretanto, deste *poder* que é pleno – verdadeira *força* – e o fenômeno que se opera dentro de uma estrutura social já existente e organizada (social, política, econômica e *juridicamente*) que, a despeito de pequenas mudanças no texto constitucional oriundo da vontade da nação em determinada época (i.e., fruto do *poder constituinte*), permanece fiel àqueles ideais. A esse fenômeno, dá-se o nome de *competência de reforma*.

É certo que a Constituição é suprema e todos os poderes constituídos devem respeitá-la, já que ela lhes é superior. Embora ela seja concebida para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais tende sempre a exigir ajustes na vontade da nação que não mais refletem ou se

³⁹ Tradução livre: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei.”

⁴⁰ Como diz Saint-Exupéry, “para os reis, o mundo é muito mais simples. Todos os homens são seus súditos.” (*O Pequeno Príncipe*, op. cit., 2009, p. 35).

adaptam às reivindicações da sociedade atual⁴¹, não se podendo permitir, como dizem os americanos, “*the rule of the dead over the living*”. Por isso a Constituição Jacobina de 1793, em seu art. 28 assim dispunha: “Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar, a suas leis, as gerações futuras”.

Como um engessamento total do texto da constituição poderia resultar em uma série de ataques oportunistas com a finalidade de romper a ordem constitucional, o próprio poder constituinte muitas vezes prevê a possibilidade de que um órgão *constituído* possa modificar *alguns* dispositivos da constituição. Com isto se evita que o poder constituinte surja toda vez que for necessário para mudanças pontuais.

A esta possibilidade de mudança de *certas* normas Constituição efetuada por um órgão *constituído* com a finalidade de regenerá-la, *conservando sua essência* e eliminando normas que não mais encontram abrigo na expressão popular, dá-se o nome de “*competência de reforma*”. Esta expressão, pode-se dizer, “designa a parcela de competência atribuída ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, por meio da qual se confere a faculdade de modificação da Lei Magna.” (TAVARES, 2011, p. 73).

Diferentemente do poder constituinte, que é *poder de fato*, é uma *competência jurídica*, outorgada pelo poder constituinte com determinadas restrições. O poder constituinte, ao criar sua obra, fixa as possibilidades de sua reforma (TEMER, 2003, p. 35). Trata-se de “poder” limitado, previsto pela Constituição e por ela regulada. Ele não é inicial, ilimitado ou incondicionado; por isso é um poder *constituído* (TAVARES, 2011, p. 73-74). Não, pois, um *poder*, verdadeiramente.

Parece-nos mais conveniente reservar a expressão “Poder Constituinte” para o caso de emanção normativa *direta* da soberania popular. O mais é fixação de *competências*: a *reformadora* (capaz de modificar a Constituição); a *ordinária* (capaz de editar a normatividade infraconstitucional). É apropriado, assim, denominar a possibilidade de modificação parcial da Constituição como *competência reformadora* (TEMER, 2003, p. 35)

⁴¹ Os deletérios efeitos do engessamento total de uma ordem jurídica podem ser encontrados na obra de Saint-Exupéry, quando o Pequeno Príncipe encontra um pequeno planeta habitado apenas por um homem que acendia e apagava continuamente um lampião, por causa de um regulamento que lhe obrigava a tanto. Disse o homem ao Pequeno Príncipe: “- Eu executo uma tarefa terrível. No passado, era mais sensato. Apagava de manhã e acendia à noite. Tinha o resto do dia para descansar e toda a noite para dormir... – E depois mudou o regulamento? - O regulamento não mudou – disse o acendedor. – Aí é que está o problema! O planeta a cada ano gira mais depressa, e o regulamento não muda! [...] Agora, que ele dá uma volta por minuto, não tenho mais um segundo de repouso. Acendo e apago uma vez por minuto.” (*O Pequeno Príncipe*, op. cit., 2009, p. 48).

Visto que a competência de reforma⁴² encontra limitações expressas pelo poder constituinte, resta analisarmos que limitações seriam essas.

3.2 Limitações à competência de reforma constitucional

A doutrina costuma dividir as limitações impostas pelo poder constituinte à competência de reforma em duas classes: formais – as quais se subdividem em limitações processuais (ou procedimentais), circunstanciais e temporais – e materiais.

As limitações processuais são aquelas referentes ao processo de elaboração da emenda constitucional (TAVARES, 2011, p. 77). Dizem respeito à competência, iniciativa, quórum para aprovação, etc. Estão previstas entre nós no art. 60, I, II, III, §§2º e 5º, da CRFB.

Limitações circunstanciais, a seu turno, proíbe a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 249). O art. 60, §1º, da CRFB é um exemplo deste tipo de limitação.

O grupo das restrições temporais exprime a estipulação de lapso de tempo durante o qual não poderá haver alteração dos dispositivos constitucionais. Atualmente entre nós não há nenhuma limitação deste tipo; a Constituição de 1824, em seu art. 174, continha uma limitação deste tipo⁴³.

Estas três categorias impõem limitações de cunho *formal* à competência de reforma, já que não dizem respeito ao conteúdo possível de ser modificado por meio de Emendas Constitucionais. Limitações deste naipe são as *limitações materiais*.

3.2.1 Limitações materiais: as cláusulas pétreas

As limitações materiais se referem ao substrato de certas normas postas pelo poder constituinte e que não podem ser objeto de emenda ou qualquer tipo de alteração (TAVARES, 2011, p. 78). Se o objetivo da competência reformadora é revitalizar a constituição como um todo, não se pode conceber que seja modificada a identidade básica do texto constitucional, pois assim a competência de reforma se transmudaria ilicitamente em poder constituinte. A

⁴² A chamada competência de reforma compreende tanto a competência de emendar a Constituição quanto a de revisá-la, quando esta assim o prever (como fez o art. 3º do ADCT). Sobre o tema, cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n.120, out./dez. 1993.

⁴³ Art. 174. Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

essas limitações materiais a doutrina deu o nome de “cláusulas pétreas” (ou “cláusulas de eternidade” ou “garantias de eternidade”), justamente para salientar a sua solidez.

Mas a ideia de impossibilidade de mudanças materiais na Constituição não é pacífica.

A perplexidade surge de uma verificação: se ambos os poderes – originário e de reforma – são exercidos por representantes do mesmo povo, por que um desses poderes deve estar subordinado ao outro? Afinal, o que justifica que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro, em virtude de um novo consenso criado em torno do assunto? (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 250)

Isso não seria permitir o “governo dos vivos pelos mortos”? Por que uma geração poderia tomar decisões tão importantes para a sociedade que não pudessem ser revistas pelas gerações futuras, se tais decisões não mais refletem sua vontade? Se todo poder emana no povo, em uma democracia, como explicar que o mesmo povo não possa modificar uma decisão por ele próprio tomada?

Realmente, a partir do ponto de vista político, é extremamente difícil se responder a tais questões. Tanto que a Constituição Jacobina de 1793, em seu art. 27, dizia que “O juiz aplicará as Leis votadas pela assembleia nacional mesmo que contrárias à constituição.”. Rousseau também chegava a dizer que “não há, nem pode haver, nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo de povo, nem mesmo o contrato social.” (1999, p. 23). O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto na ADIn 3105 (Rel. p/ac. Min. Cezar Peluso, DJ 18/02/2005) afirmou que via “a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional”.

Toda esta dificuldade se esvai, entretanto, quando se começa a perceber as cláusulas pétreas a partir da concepção jurídica. Ora, se a competência de reforma não é verdadeiro *poder*, ela não é *ilimitada*, devendo obedecer aos comandos do poder constituinte, que lhe é superior e que lhe *constituiu* dentro de certos limites de ação. O poder constituinte originário é a vontade do povo, e não há nada que impeça, juridicamente, esta vontade de restringir aquilo que a vontade da maioria de ocasião entenda oportuno no futuro. Ao assim proceder, a Constituição se reveste do caráter de “reserva de justiça” (VIEIRA, 1997), fechando as portas para aquelas correntes que, perdendo o debate na Assembleia Constituinte, venham a se tornar maioria no futuro (VIEIRA, 1997, p. 54), revelando seu caráter contramajoritário⁴⁴.

⁴⁴ O complexo tema das relações de tensão entre as cláusulas pétreas e proteções de posições minoritárias pela Constituição e a democracia procedimentais majoritárias é muito amplo para ser tratado com detalhes aqui. Para

Oscar Vilhena, citando Jon Elster, traz à baila uma comparação entre Ulisses, personagem da Odisseia, e as cláusulas pétreas:

Elster, por exemplo, utiliza-se de uma passagem da *Odisseia* de Homero, onde Ulisses determina que o amarrem ao mastro de sua embarcação, pois sabe que se estiver livre não resistirá ao canto mortal das sereias, para explicar o papel das constituições nas sociedades democráticas. Com as mãos deliberadamente atadas, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos, ouvir o canto das sereias, sem, contudo, a ele sucumbir. Neste mesmo sentido as constituições democráticas atuam como mecanismos de auto-limitação, ou precomprometimento, adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas. Ao estabelecer que certos direitos e instituições encontram-se acima do alcance de órgãos ordinários de decisão política, ou mesmo fora de sua competência por força das limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, as constituições também funcionariam como proteção contra aquelas inconsistências temporais, protegendo as metas de longo prazo que são constantemente subavaliadas por maiorias ávidas por maximizar seus interesses individuais... (VIERIA, 1997, p. 53-54)

Se a competência de revisão se liberta totalmente da Constituição teremos uma Constituição nova e a competência de revisão se tornaria outro poder constituinte. Em nenhum caso a reforma pode afetar a continuidade e identidade da Carta⁴⁵.

3.3 Cláusulas pétreas na Constituição brasileira: parâmetro para controle de constitucionalidade de emendas constitucionais

As cláusulas pétreas não teriam qualquer utilidade se não pudesse haver controle, por parte da Justiça Constitucional, de sua observância pelas Emendas Constitucionais aprovadas.

O STF há muito já vem reconhecendo a possibilidade de que EC sejam objeto de controle de constitucionalidade quando invocado como parâmetro para tal controle o desrespeito às limitações impostas à competência de reforma (ADIn 939-7, Rel. Min. Sidney Sanches, RTJ 151/755; ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 14/09/2001).

É de assinalar, aqui, até mesmo como mero registro histórico, que o Supremo Tribunal Federal, já sob a égide de nossa primeira Constituição republicana (a de 1891) – que só contemplava o controle incidental ou concreto de constitucionalidade

melhor digressão sobre o tema, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997. Ronald Dworkin possui um texto onde a partir da reconstrução do conceito de democracia que concilia a responsabilidade coletiva e os julgamentos individuais, demonstra que tais previsões, ao contrário de enfraquecer a democracia, terminam por enfatizá-la. Cf. DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, Edmonton, v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990.

⁴⁵ Por escapar aos limites deste trabalho, não se tratará aqui da questão que envolve a “dupla revisão” das cláusulas pétreas. Para uma análise do tema, com vasta bibliografia, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quórum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32, out/dez 2001.

dos atos estatais – ao julgar o HC 18.178, de que foi Relator o saudoso Ministro HERMENEGILDO DE BARROS, nas sessões plenárias de 27 e 29 de setembro e de 1º de outubro de 1926, discutiu a validade da própria Reforma Constitucional de 1926, decidindo, então, que, “Na tramitação parlamentar de Reforma Constitucional não foi violada cláusula alguma da Constituição da República...” (RF 47/748). (STF, ADIn 3105, Rel. p/ac. Min. César Peluso, DJ 18/02/2005, trecho do voto do Min. Celso de Mello)

Também no julgamento do MS 20.257 (Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 99/1031) o STF entendeu ser cabível o *writ* para que se atacasse proposta de EC que desrespeite cláusula pétrea, já que seu “a inconstitucionalidade já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”.

Esta orientação do Pretório Excelso também está presente na ADIn 829-3, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/09/1994, onde o Tribunal consignou: “Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade ou não de emenda constitucional [...] impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas.”.

Como se vê, o Judiciário é competente para afirmar se determinada EC é ou não inconstitucional por violação às limitações impostas pelo poder constituinte à competência de reforma, seja por meio do controle difuso, seja por controle concentrado.

3.4 Direitos e Garantias individuais como cláusula pétrea

A CRFB previu expressamente⁴⁶ quatro matérias como cláusulas pétreas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, I, II, III e IV).

Para os limites deste trabalho, importa apenas a cláusula pétrea referente aos direitos e garantias individuais⁴⁷. Ou, mais especificamente, como verificar se determinada EC violou ou não esta cláusula pétrea. Com base em quais parâmetros é possível se dizer se determinada

⁴⁶ A doutrina reconhece a existência de cláusulas pétreas explícitas (aquelas previstas textualmente no corpo da Constituição) e cláusulas pétreas implícitas (aquelas não previstas de forma textual na Constituição, mas que dela decorrem por razões lógicas). Sobre o tema, *cf.* SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954, p. 93 et. seq.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 69-70; TAVARES, *Curso*, op. cit. 2011, p. 78; SILVA, V., *Ulisses*, op. cit. 2001, p. 16-17; ROCHA, *Constituição e mudança*, op. cit., 1993.

⁴⁷ Já se disse que o importante para esta obra são os direitos fundamentais de defesa. Por esta razão não se adentrará na polêmica acerca de outros direitos (sociais, políticos, etc.) serem ou não abarcados por esta cláusula pétrea. Sobre o tema, *cf.* MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso*, op. cit., 2009, p. 258-259; TAVARES, *Curso*, op. cit., 2011, 79-80; SARLET, *A Eficácia*, op. cit., 2006, p. 422-428.

EC teria ou tendência a abolir um direito fundamental outorgado pelo poder constituinte? Estas são as perguntas que passamos a analisar.

3.4.1 Posição da doutrina nacional

A doutrina nacional majoritária não costuma se referir aos parâmetros pelos quais se poderá verificar se determinada EC teria ou não violado a cláusula pétrea garantidora dos direitos e garantias individuais, o fazendo sempre de maneira extremamente genérica.

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar de tema, declara que:

A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional - ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador. Nesse sentido, Jorge Miranda lembra que a cláusula pétrea não tem por escopo proteger dispositivos constitucionais, mas os princípios neles modelados. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 253)

É por isso, diz, que *mera alteração redacional* de uma norma não importa, *per se*, inconstitucionalidade, “desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.” (2009, p. 253).

Conquanto fique preservado o núcleo essencial dos bens constitucionais protegidos, isto é, desde que a essência do princípio permaneça intocada, elementos circunstanciais ligados ao bem tornado cláusula pétrea poderiam ser modificados ou suprimidos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 253)

Os limites da competência de reforma, afirma Branco, não seriam transgredidos tão-só por se dar às matérias postas sob a proteção de cláusula pétrea uma nova disciplina, mas o seriam quando a modificação tocasse — suprimindo ou aniquilando — um princípio estrutural da Constituição. Somente nestas hipóteses a obra do poder constituinte ficaria desfigurada, por haver ferimento ao *conteúdo essencial* dos interesses, valores e princípios que as cláusulas pétreas visam a proteger (2009, p. 253-254).

A garantia de permanência em que consiste a cláusula pétrea, em suma, imuniza o sentido dessas categorias constitucionais protegidas contra alterações que aligeirem o seu núcleo básico ou debilitem a proteção que fornecem. Nesse sentido se deve compreender o art. 60, § 4º, da CF, como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir, o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos

Poderes e os direitos e garantias individuais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 255)⁴⁸

Esta orientação é esposada há algum tempo pelo STF. No já citado MS 20.257, o Pretório discutiu se uma emenda à Constituição que prorrogava o mandato de prefeitos de dois para quatro anos afetava a cláusula pétrea do princípio republicano. O voto do Min. Moreira Alves defendeu que a temporariedade do mandato político constituía uma dimensão do princípio republicano, mas a só prorrogação por dois anos não equivalia a ofensa à temporariedade dos mesmos. Prevaleceu a tese de que nem toda modificação na duração do mandato está vedada, desde que não se afete o núcleo essencial da temporariedade.

Já no MS 23.047-MC (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/2003), aderiu-se expressamente à tese de que “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 64, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”. Esta orientação foi reiterada quando do julgamento da ADIn 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/12/2000.

Como se percebe, a doutrina e jurisprudência entendem que só haverá violação à cláusula pétrea quando for atingindo o *núcleo/conteúdo essencial* do direito. Mas, o que seria esse *núcleo/conteúdo essencial*? Como descobri-lo? A doutrina parece evitar essas questões.

Quanto ao que seria este conteúdo essencial, a doutrina costuma afirmar que é aquilo que constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes inseparáveis, verdadeiramente inerentes aos princípios estruturais garantidos pelas cláusulas pétreas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 254). Sarlet diz que esse núcleo seria constituído pela essência do princípio ou direito, não por seus elementos circunstanciais, i.e., seriam somente aqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura (2006, p. 421).

Já no que se refere aos parâmetros para se descobrir o conteúdo essencial do direito fundamental restringido pela EC, a doutrina parece não enfrentar abertamente à questão,

⁴⁸ Ingo Sarlet não parece se afastar muito desta posição: “também no que se diz com os direitos fundamentais, a proteção a estes outorgada pelo Constituinte, incluindo-os no rol das ‘cláusulas pétreas’, não alcança as dimensões de absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada. Também aos direitos fundamentais se aplica a já referida tese da preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental, pode ser toleradas. (SARLET, *A eficácia*, op. cit. 2006, p. 428). José Afonso da Silva segue o mesmo diapasão: “A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direito, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto) para sua abolição (SILVA, J., *Curso*, op. cit., 1995, p. 69, grifos do autor).

remetendo-se, sem maiores considerações, ao caso concreto. Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que: “De toda sorte, saber quando uma modificação de tema ligado à cláusula pétrea afeta-a, ou não, exige avaliação caso a caso” (2009, p. 254). Ingo Sarlet menciona, quanto à violação à cláusula pétrea: “Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental parece não causar maior controvérsia.” (2006, p. 428). Conclui, então:

A constatação de uma efetiva agressão ao núcleo essencial do princípio protegido depende de uma ponderação tópica, mediante a qual se deverá verificar se a alteração constitucional afeta apenas aspectos ou posições marginais da norma, ou se [...] investe contra o próprio núcleo do princípio em questão. (2006, p. 421-422)

Entretanto, ao que nos parece, simplesmente se remeter ao caso concreto não nos parece uma resposta satisfatória. De frente ao caso concreto, como o julgador poderá saber se aquela EC feriu ou não o conteúdo essencial de tal direito? Como descobrir se a supressão de determinado elemento do direito fundamental acarreta alteração substancial no seu conteúdo e estrutura? Esta questão parece ser ignorada pela doutrina. Pretendemos responde-la abaixo, iniciando nossa abordagem no estudo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

3.4.2 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais (a restrição das restrições ou o limite dos limites)

O *conteúdo essencial dos direitos fundamentais* é decorrência natural de toda a análise até aqui realizada, i.e., da análise: (1) do que é protegido pelas normas de direito fundamental; (2) da relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (3) de como fundamentar tanto o que é protegido quanto suas restrições.

Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrição à sua própria restringibilidade. (ALEXY, 2011, p. 295-296)

A GG declara, em seu art. 19, 2: “Em nenhum caso pode o direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”⁴⁹. A interpretação de tal dispositivo tem criado polêmica na doutrina.

A definição de um conteúdo essencial para os direitos fundamentais pode se iniciar a partir de duas dimensões distintas: *objetiva* e *subjetiva*. A primeira delas engloba uma análise acerca do direito fundamental como direito objetivo; a segunda investiga se há um direito subjetivos dos indivíduos a uma proteção ao conteúdo essencial de seus direitos fundamentais. Também este conteúdo pode ser visto como *absoluto* ou *relativo*. Encarado de modo absoluto, no âmbito de proteção do direito em questão deve existir um núcleo intransponível, independentemente da situação e dos interesses eventualmente possa haver restrição. Já do ponto de vista relativo, a definição do que é o conteúdo essencial depende das condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses incidentes no caso concreto, de modo que tais direitos e interesses não são sempre o mesmo e pode variar dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso.

3.4.2.1 Dimensão objetiva e subjetiva

A partir da dimensão objetiva o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo, o que implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para os indivíduos ou boa parte deles (SILVA, V., 2011, p. 185). Essa dimensão, entretanto, não oferece proteção alguma além daquelas que já decorrem da ideia de cláusula pétreas, e a prote o do núcleo essencial prevista na GG não   direcionada primordialmente   competência de reforma, e sim ao legislador ordinário, pois   ele que, na sua fun o de concretizador de direitos fundamentais, deve resguardar este conteúdo. Para os casos em que a restri o não coloca em risco o direito fundamental “para o todo”, mas elimine totalmente o direito fundamental em situa es concretas, o enfoque não oferece prote o alguma.

Se a previsão ao resguardo do conteúdo essencial do direito fundamental visa a proteger tais direitos contra uma restri o excessiva e os direitos fundamentais tem primordialmente (para a tese aqui desenvolvida) fun o de defesa de condutas e posi es jurídicas, não faz sentido que se essa prote o se d  apenas no âmbito objetivo. “Se a

⁴⁹ Disposi es semelhantes podem ser encontradas nas Constitui es portuguesa (art. 18 , 3), espanhola (art. 53, I), polonesa (art. 31, 3), estoniana (art. 11), húngara (art. 8, 2), romena (art. 53, 2), eslovaca (art. 13, 4) e também no projeto de Constitui o europeia (art. 112), o qual corresponde ao art. 52 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito *no mínimo também* a posições de direitos fundamentais individuais” (ALEXY, 2011, p. 297, grifos do autor). De fato, a natureza dos direitos fundamentais como direito dos indivíduos milita a favor da coexistência de uma teoria objetiva e subjetiva, já que é plenamente possível – e até provável – que uma restrição da proteção de um direito fundamental em um caso concreto não afete sua dimensão objetiva, mas signifique uma violação ao conteúdo essencial daquele direito no caso concreto.

As teorias subjetivas sobre o conteúdo essencial podem ser *absolutas* ou *relativas*.

3.4.2.2 Conteúdo essencial absoluto

As teorias que defendem um *conteúdo essencial absoluto* defendem que no âmbito de proteção de direitos fundamentais existe um *núcleo*, cujos limites externos foram uma *barreira intransponível*, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição (SILVA, V., 2011, p. 187). Esta teoria parece ser adotada pelo STF, quando ele afirma que: “A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.” (RE 511961, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13/11/2009), ou que: “A imunidade do advogado - além de condicionada aos ‘limites da lei’, o que, obviamente, não dispensa o respeito ao núcleo essencial da garantia da *libertas conviciandi*” (RE 387945, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10/03/2006). O Min. Cezar Peluso aderiu expressamente a essa teoria quando disse que a coisa julgada, a seu ver, “está fora do contexto de ponderação com outros direitos fundamentais quaisquer que eles sejam”, já que “a tese de que a coisa julgada pode ser confrontada com outros direitos fundamentais e ceder à tutela desses outros direitos, a mim me parece, com o devido respeito, que se põe em xeque uma condição necessária da convivência social.” (RE 363889, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 15/12/2011).

Embora todas as teorias que advoguem o conteúdo essencial absoluto afirmem que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível haver restrição em hipótese alguma” (ALEXY, 2011, p. 298), existem duas teorias absolutas que divergem entre si acerca da *imutabilidade* deste conteúdo: uma que defende um conteúdo essencial absoluto-dinâmico e outra que prega um conteúdo essencial absoluto-estático.

Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito que, embora constitua uma área intransponível em qualquer caso, pode ser *modificado* com a passagem do tempo. Sua

característica de absoluta, então, não significa nem exige sua *imutabilidade*, e sim apenas que não pode sofrer relativizações de acordo com urgências e contingências.

Estático é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando este é também absoluto em sentido material-temporal: aquilo que forma este núcleo é não somente intangível como também *imutável*. Apenas o que não mude no tempo, pois independe de ideologias ou da realidade social vigente pode ser considerado como parte do conteúdo essencial.

Da mesma forma que se viu quando dos modelos de suporte fático restrito e da teoria interna, o grande desafio de qualquer teoria absoluta é a definição do que pertence a esse conteúdo do que dele deve ser excluído. Tudo que se disse lá, *mutatis mutandi*, aqui se aplica.

3.4.2.3 Conteúdo essencial relativo

Todas as teorias relativas pregam a rejeição de um conteúdo essencial *a priori* para cada direito fundamental. A definição do que é protegido pelo núcleo essencial – e, portanto, do que é protegido – depende das *condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses no caso concreto* (SILVA, V., 2011, p. 198). Este conteúdo, então, não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos.

A principal versão desta teoria é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. Para ela, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade, ou, como diz Alexy, “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento.” (2011, p. 295). É nisto que reside a relatividade do conteúdo essencial: ela não é baseada na intensidade da restrição, *tout court*, já que uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser intensa. Esta intensidade, já vimos, é contraposta pelo grau de realização e importância dos outros princípios envolvidos no caso. É por isso que mesmo uma restrição leve ou mesmo ínfima pode ser violadora do conteúdo essencial do direito fundamental quando não haja fundamentação suficiente para a restrição, e restrições intensas podem ser constitucionais, desde que haja a dita fundamentação. O conteúdo essencial, portanto, é idêntico ao produto da aplicação da regra da proporcionalidade.

Essa identidade impede que restrições *proporcionais* a direitos fundamentais possam afetar o seu conteúdo essencial, como parece crer possível o Min. Celso de Mello no trecho destacado no fim do capítulo anterior.

De que foi exposto até agora, Virgílio Afonso da Silva traz dois pontos importantes para reflexão (2011, p. 199-200): (1) É possível que em casos concretos, após a aplicação da

proporcionalidade, nada reste de um determinado direito; (2) o problema criado por esta investigação adicional à regra da proporcionalidade (“desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”) reside no método de controle deste esvaziamento e na solução para o caso em que ele se verifique.

Quanto ao (1), por mais estranho que possa parecer, à primeira vista, isso é mais comum do que se parece. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão em regime fechado, p.ex., nada resta de sua liberdade de ir e vir; quando se aplica pena de morte (o que no Brasil só pode ocorrer em casos de guerra declarada, a teor do art. 5º, XLVII, da CRFB) a uma pessoa, nada resta do seu direito à vida; quando se proíbe a divulgação da matéria escrita pelo jornalista *J*, no nosso exemplo, nada resta da liberdade de imprensa, no caso concreto. Existem inúmeros casos em que, por ser impossível graduar a realização de certo direito, qualquer restrição a ele é total ou quase total. Isso não implica, entretanto, todas as restrições a ele – por esvaziá-lo completamente – sejam inconstitucionais, pois se assim fosse estaríamos diante de um direito absoluto.

É praticamente intuitivo que quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro⁵⁰. Isto é uma exigência inserta na proporcionalidade em sentido estrito. Então, quanto mais um princípio for restringido, maior tem de ser a força das razões contrapostas para que a restrição seja fundamentada⁵¹. Existirão casos, então, que a restrição ao princípio é tão grande que se poderá afirmar que nenhum princípio colidente poderá prevalecer. Não é impossível, entretanto, que exista um princípio contraposto que prevalecerá, em condições extremas. A convicção de que existem direitos que não são relativizados nem mesmo sob circunstâncias as mais extremas (como defende o Min. Cezar Peluso, no trecho citado), não pode ser válido.

Já no que toca ao (2), o problema quanto ao método de controle – i.e., saber quando a garantia do conteúdo essencial foi violada – é aquele que reside em todas as teorias absolutas. E a esta questão não respondida, soma-se ainda outra: ainda que haja uma forma de saber quando uma ponderação importe em esvaziamento deste conteúdo essencial, qual deve ser a solução para esses casos?

⁵⁰ Cf. a famosa decisão do BVerfG no caso *Apothekenurteil*, constante da BVerfGE 7, 377: “A pretensão de liberdade do indivíduo é [...] tão mais eficaz quanto mais o direito da livre escolha profissional estiver em questão. A proteção do interesse coletivo torna-se tão mais urgente quanto maiores as desvantagens e perigos que possam surgir para a coletividade a partir do exercício profissional totalmente livre.” Cf. MARTINS, *Cinquenta anos*, op. cit., 2005, p. 608; ALEXY, *Teoria*, op. cit., 2011a, p. 166-176.

⁵¹ Isso pode ser comparado ao que acontece na sequência principal de uma estrela: A gravidade comprime o gás para o centro da estrela, obrigando-a a produzir energia que gere pressão suficiente para conter o colapso. Quanto maior a força da gravidade sobre ela para comprimi-la, com mais força a fusão nuclear tenta expandi-la, para que ela se mantenha estável.

Todas essas questões têm como origem a não aceitação da identidade entre o conteúdo essencial e a regra de direito fundamental atribuída criada por meio de uma relação condicionada de precedência fruto da aplicação da regra da proporcionalidade.

3.5 Posição pessoal

De tudo que já expomos até o momento, cremos que nossa posição pessoal já deva ter ficado muito clara: *o método mais seguro – tanto do ponto de vista do ônus argumentativo imposto pelo constituinte à competência de reforma, quanto da perspectiva da defesa dos direitos fundamentais – para se verificar se uma emenda constitucional restritiva de direitos fundamentais previstos pelo constituinte originário feriu ou não a cláusula pétrea referente à proteção dos direitos e garantias individuais é aplicar a máxima da proporcionalidade com o fim de aferir se a regra de direito fundamental atribuída viola o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em colisão.*

Esta conclusão é uma consequência lógica de todas as teses que defendemos no decorrer desta obra: (1) os direitos fundamentais possuem um suporte fático amplo; (2) via de consequência, há uma distinção entre o direito em si e o direito restringido (reflexo da distinção entre direitos *prima facie* e direitos definitivos); (3) essa distinção é expressa na diferença entre princípios e regras; e (4) a regra da proporcionalidade é a forma de controle e aplicação dos princípios dos princípios como mandamentos de otimização⁵². Nesse cenário que colocamos, a adoção de qualquer teoria absoluta é inviável dogmaticamente. A mudança de foco do âmbito de proteção do direito fundamental para o campo da fundamentação constitucional da intervenção traz à tona essa conclusão: se a restrição a um direito fundamental é constitucional sempre que houver uma fundamentação – também constitucional – que justifique esta restrição e a regra da proporcionalidade é o método de controle desta fundamentação, então toda restrição proporcional é também constitucional. E se é impossível algo que viole o conteúdo essencial do direito fundamental ser tido por constitucional, é forçoso convir que o proporcional sempre respeita o conteúdo essencial.

Temos, então, as seguintes premissas que levam à conclusão abaixo:

⁵² A exposição clara de premissas adotadas é de fundamental importância para a objetividade do método e da interpretação em geral. Como diz Virgílio Afonso da Silva, “... no aspecto teórico, o problema principal não está relacionado à análise do caso concreto, mas às premissas teóricas de que se parte para solucioná-lo. O problema, aqui, surge quando não se explicita de que premissas se parte, ou qual é a teoria dos direitos fundamentais que fundamenta a interpretação em questão, ou, ainda, quando há falta de honestidade na exposição dessas premissas.” (*Ponderação*, op. cit., 2011a, p. 372).

- . restrições que violem o conteúdo essencial de um direito fundamental são inconstitucionais;
- . restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- ∴ restrições proporcionais não atingem o conteúdo essencial do direito fundamental.

Esta tese que ora defendemos possui, em nosso sentir, três vantagens sobre a o que a maior parte da doutrina nacional vem defendendo: (1) ela não exclui, *a priori*, nenhum fato, estado, situação ou posição jurídica do âmbito de proteção do direito fundamental – o que faz com que muitas coisas tidas como não protegidas pela doutrina tradicional (de forma que a sua restrição sequer precisaria ser fundamentada) passem a gozar de proteção; (2) dita não exclusão impõe à competência de reforma (e à Justiça Constitucional) um enorme ônus argumentativo – já que para a restrição ser considerada constitucional ela terá de passar pelo teste da proporcionalidade; e (3) ela oferece critérios racionais e (tanto quanto possível) objetivos para se verificar se há ou não ofensa ao conteúdo essencial do direito fundamental.

Quanto ao ponto (1), lembramos que o extenso rol de direitos e garantias fundamentais outorgados pelo poder constituinte e o fato dele ter elevado os direitos e garantias individuais à condição de cláusulas pétreas são um claro indicador de que este poder tinha como ideal a sua máxima proteção contra restrições impostas pelo legislador. Esta constatação – e a própria natureza dos princípios como mandamentos de otimização – deixa claro que qualquer restrição a esses direitos devem ser consideradas, *prima facie*, como vedadas.

Isto significa que (2) o ônus argumentativo acerca da constitucionalidade da fundamentação destas restrições é da competência de reforma: ela é quem tem de demonstrar que sua restrição é proporcional. Excluir aprioristicamente condutas, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção, não considerar intervenção toda potencial restrição a esse âmbito de proteção ou considerar absoluto o conteúdo essencial dos direitos fundamentais finda por retirar do legislador (ou administrador ou julgador) o ônus argumentativo para demonstrar a constitucionalidade da intervenção, deixando-os ao capricho de conveniência e oportunidade do legislador, para os quais não se exige fundamentação constitucional.

Quanto ao ponto (3), foi visto acima que o recurso ao conteúdo essencial pela doutrina nacional é em geral meramente retórico, quase um *topos* argumentativo, sem a indicação de qualquer critério racional para se descobrir que conteúdo essencial seria este e nem como saber ele foi ou não violado.

Com a tese que defendemos, ao estabelecer a identidade entre o conteúdo essencial e o resultado da regra da proporcionalidade, esta ausência de critério racional fica superada, já que a verificação da violação do conteúdo essencial ganha um norte: a análise da adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida adotada pelo legislador. Assim, se impõe à Justiça Constitucional o enfrentamento desta questão quando da fundamentação de sua decisão e se permite aos demais Tribunais, aos operadores do direito e até ao mesmo aos cidadãos o acompanhamento e conhecimento das razões fáticas e jurídicas da constitucionalidade da intervenção que, *prima facie*, é vedada. Este é o ônus argumentativo que lhe é imposto: enquanto o ônus da competência de reforma é demonstrar a constitucionalidade da restrição *prima facie* vedada, a Justiça Constitucional tem o dever de verificar, por meio de critérios racionais, tal constitucionalidade. Este ônus não nos parece satisfeito quando ela exclui o fato, estado, posição ou situação jurídica do âmbito de proteção do direito fundamental, pois em casos assim a restrição não necessita de fundamentação (não é necessário fundamentação para se “restringir” aquilo que não é protegido, pois aí não há direito algum a se proteger e nem há verdadeira restrição, já que não há direito a se restringir).

Isto ficará mais claro com a análise de uma das mais importantes decisões do STF nos últimos anos: aquela relativa à taxaçoão dos aposentados.

3.6 Análise de caso: ADIn 3105 (“Taxação dos Inativos”)

Sem sombra de dúvidas, um dos mais importantes casos julgados pelo STF na década passada foi a ADIn 3105 (Rel. p/ac. Min. César Peluso, DJ 18/02/2005), a qual ficou conhecida como “Caso da Taxação dos Inativos”.

Tratava-se de ADIn intentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP em face do artigo 4º da E nº. 41, de 19/12/2003, com a seguinte redação:

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Dentre todas as argumentações lançadas, a mais importante para nosso estudo é aquela que pleiteava que os servidores, depois de aposentados conforme o sistema previdenciário

então vigente, incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito de não mais pagarem a contribuição previdenciária. Sustentava a Autora que os servidores aposentados até 19/12/2003, bem como os que detinham as condições para sê-lo, possuíam o direito de não pagar contribuição previdenciária e a obrigação imposta prejudicaria este direito. Apontava, assim, violação à garantia individual do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CRFB) e ter sido desrespeitada, por conseguinte, a cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, IV, da CRFB.

Esta violação à cláusula pétrea foi aceita, em maior ou menor extensão – e por diferentes fundamentos –, pela Ministra Ellen Gracie⁵³, pelo Min. Ayres Britto⁵⁴, pelo Min. Marco Aurélio⁵⁵ e pelo Min. Celso de Mello⁵⁶, os quais votaram pela procedência da ação e a inconstitucionalidade do referido art. 4º da EC 41/2003. A decisão da maioria do Tribunal,

⁵³ “Tendo em linha de conta que a nova exação se acrescentaria à que já incide sobre os proventos e pensões na forma de Imposto sobre a Renda e Proventos, tendo por fato gerador a própria percepção dos mesmos proventos ou pensões, concluo que a norma contida no art. 4º, da EC/41 encontra-se eivada de inconstitucionalidade, por incompatível com a garantia individual que veda ao Estado a bi-tributação (Constituição Federal, 154, I). Por corresponder a nova contribuição despida de causa eficiente, posto que não corresponde à necessária contrapartida de novo benefício, ferido está o disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que impõe para o sistema previdenciário a manutenção do equilíbrio atuarial. E, finalmente, porque discrimina indevidamente entre contribuintes em condição idêntica, agride a garantia da isonomia (Constituição Federal, art. 150, II). Tais garantias individuais se encontram a salvo da atividade reformadora (Constituição Federal, art. 60, parágrafo 4º, IV), e, por isso, os dispositivos veiculados na norma ora examinada não podem prevalecer contra o texto constitucional originário” (RTJ 193/160).

⁵⁴ “... os proventos da aposentadoria e eventuais pensões se constituem em direito subjetivo do servidor público ou seu dependente, quando for o caso, desde que preenchidos os requisitos constitucionais. Noutros termos, a partir do momento que o servidor público passa a preencher as condições de gozo do benefício, já não poderá, por efeito de nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por imposição de Emenda Constitucional.” (RTJ 193/170).

⁵⁵ “A Emenda Constitucional n. 41/03 [...] rasgando a Carta da República, desconhecendo a norma do artigo 60, surpreendendo aqueles que se encontravam nos respectivos lares, certos do respeito às regras da aposentadoria, às regras da pensão, criou essa contribuição que, a todos os olhos, não é uma contribuição; criou esse ônus referente ao ‘custeio’, visando ao ‘custeio’ da própria previdência. Ou seja, talvez para minimizar o rombo da previdência social e da previdência dos servidores públicos, principalmente da União - que, certamente, não foi provocado pelos servidores públicos e, por isso mesmo, não podem ser tidos os aposentados e pensionistas como bodes expiatórios -, criou-se o tributo, rotulando de contribuição, e contribuição não é...” (RTJ 193/260).

⁵⁶ “Se assim é, ou seja, se se revela intangível a situação jurídica resultante do ato de aposentadoria, cuja eficácia não pode ser comprometida por decisões normativas posteriores emanadas do Estado, torna-se forçoso concluir que, enquanto causa que é, o ato de aposentadoria – regularmente aperfeiçoado sob a égide de um ordenamento positivo que não autorizava a imposição de contribuição previdenciária - não pode ser afetado nas consequências jurídicas que dele necessariamente resultam, sob pena de o ato estatal superveniente, em projeção retrooperante incabível, desqualificar o próprio fundamento causal que constitui o suposto legitimador dos efeitos derivados da aposentadoria, dentre os quais, tendo-se presente a situação dos que lhe adquiriram o direito de gozo em contexto temporal anterior ao advento da EC nº 41/2003, avulta a insuscetibilidade de tributação, mediante contribuição previdenciária, dos respectivos proventos. Atingir ou suprimir as consequências que se irradiam, por efeito causal, da aposentadoria adquirida em momento que precedeu a promulgação da EC nº 41/2003 significa reconhecer a inadmissível possibilidade de o Poder Público, mediante ato estatal superveniente, atingir, modificar ou suprimir a própria causa (a cuja noção se ajusta o ato de aposentação), fazendo instaurar, com a modificação gravosa e a desvalorização lesiva de posições jurídicas pré-existentes e definitivamente consolidadas, a inaceitável ocorrência do fenômeno da retroatividade, ainda que em seu grau mínimo, violando-se princípio, que, ao amparar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, confere-lhes um círculo indevassável de proteção.” (RTJ 193/281-282).

entretanto, foi pela improcedência da ação quanto ao *caput* do artigo, declarando-se inconstitucionais apenas as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º.

O principal argumento para a rejeição da dita inconstitucionalidade foi exposto primordial e primeiramente pelo Min. Cezar Peluso: a referida contribuição criada pela EC 41/2003 tem característica de tributo e: “Como tributos [...] não há como nem por onde opor-lhes, no caso, a garantia constitucional outorgada ao ‘direito adquirido’ [...] para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência.” (RTJ 193/181).

Que a condição de aposentadoria, ou inatividade, represente situação jurídico-subjetiva sedimentada, que, regulando-se por normas jurídicas vigentes à data de sua perfeição, não pode ser atingida, no núcleo substantivo desse estado pessoal, por lei superveniente, incapaz de prejudicar os correspondentes direitos adquiridos, é coisa óbvia, que ninguém discute. Mas não menos óbvio, posto que o discutam alguns, é que, no rol dos direitos subjetivos inerentes à situação de servidor inativo, não consta o de imunidade tributária absoluta dos proventos correlatos. (PELUZO, RTJ 193-182)

Esta conclusão foi claramente explicitada na Ementa da referida ADIn:

No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa ou sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. (ADIn 3105, Rel. p/ac. Min. Cezar Peluso, DJ 18/02/2005)

A solução jurídica dada ao STF, como se vê, parte de um suporte fático restrito do direito fundamental relativo à proteção do direito adquirido, o que resultou na exclusão, *a priori*, do estado/situação jurídica dos aposentados a não incidência da contribuição.

Essa estratégia argumentativa – já dissemos – não pode ser aceita, principalmente por parte de uma Corte Constitucional, por propiciar inevitável déficit na proteção de tais direitos.

Ao simplesmente excluir o direito a não incidência da contribuição sobre os proventos dos aposentados da proteção dada pela Constituição ao direito adquirido, o STF deixa ao mero capricho do legislador a possibilidade “regulamentar” tal tributação do jeito que lhe for mais conveniente – e isto sem nenhum ônus argumentativo, já que não é preciso fundamentar a

restrição àquilo que não é protegido, até mesmo porque nem de verdadeira restrição se trata, já que não há direito a se restringir.

Embora o Min. Joaquim Barbosa tenha procurado introduzir no debate a questão relativa à amplitude da interpretação que se deve dar às cláusulas pétreas⁵⁷, os Min. que perfilharam a tese vencedora não se ativeram detidamente a questão⁵⁸.

A exclusão *a priori* operada pelo STF faz com que o Tribunal não cumpra com o ônus argumentativo que lhe cabe, pois termina por, ao fim e ao cabo, sequer analisar se aquela medida é de fato atentatória aos direitos fundamentais dos pensionistas já que – frisamos mais uma vez – não é preciso fundamentar a restrição àquilo que não é protegido.

O caminho mais consentâneo com a proteção efetiva dos direitos fundamentais – que é a maior das incumbências do STF⁵⁹ – é aquele que expomos acima: *aplicar ao caso a regra de direito fundamental atribuída oriunda de uma relação condicionada de precedência estabelecida com base na aplicação da regra da proporcionalidade, a qual revelará se houve ou não violação do conteúdo essencial do direito fundamental em questão, no caso concreto.*

Trata-se, *in casu*, de restrição a direito fundamental veiculada por meio de *regra*, razão pela qual deveria ter se resolvido a questão através da aplicação da regra da proporcionalidade (e não do sopesamento, como alertamos *supra*). Indagar-se-ia, então, se esta medida era: (1) adequada; (2) necessária; e (3) proporcional em sentido estrito.

⁵⁷ “...alega-se a inconstitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003, o qual, ao viabilizar a cobrança de contribuição previdenciária de servidores públicos aposentados, estaria violando o princípio constitucional do direito adquirido (art. 5º, XXXVI) e, por extensão, as chamadas cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, III). A eminente Relatora, no seu alentado voto, pelo visto não abordou a questão por esse ângulo. Mas essa questão das cláusulas pétreas está manifestamente subjacente a toda a discussão. Com a devida vênia daqueles que têm outro ponto de vista, eu sempre vi com certa desconfiança a aplicação irrefletida da teoria das cláusulas pétreas em uma sociedade com as características da nossa, que se singulariza pela desigualdade e pelas iniquidades de toda sorte. Não nego a sua importância como instrumento hermenêutico poderoso, de extrema utilidade para a preservação de um núcleo essencial de valores constitucionais. Contudo, ante a amplitude desmesurada que se lhe quer atribuir, vejo a teoria das cláusulas pétreas como uma construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional.” (RTJ 193/163).

⁵⁸ Demonstração clara disso é a afirmação do Min. Eros Grau, que em simplismo que beira o absurdo assim tratou o tema: “Aqui a regra não incide, pois a emenda constitucional promulgada não afetou o texto do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição do Brasil. O que se alega é que o artigo 4o da EC 41/03 violaria o princípio da segurança jurídica, afrontando o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, na proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Cuida-se de alegada violação a direito, não de sua abolição [= exclusão] do texto da Constituição, no sentido acima indicado.” (RTJ 193/212).

⁵⁹ “Incumbe, ao Supremo Tribunal Federal, no desempenho de suas altas funções institucionais e como garantidor da intangibilidade da ordem constitucional, o grave compromisso – que lhe foi soberanamente delegado pela Assembleia Nacional Constituinte – de velar pela integridade dos direitos fundamentais, de repelir condutas governamentais abusivas, de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a injustas perseguições e a práticas discriminatórias, de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal e de nulificar os excessos do Poder e os comportamentos desviantes de seus agentes e autoridades, que tanto deformam o significado democrático da própria Lei Fundamental da República.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Relatório de atividades 2011*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011, p. 21).

A resposta a esta indagação não pode ser extraída da decisão do Pretório Excelso, até mesmo porque, diante da exclusão *a priori* da proteção, ela sequer se fazia necessária.

Com isso, se quer dizer que o resultado do julgamento do STF está “errado”? Absolutamente não! Nada impede que o exame da medida pelo prisma da proporcionalidade termine por resultar na constitucionalidade da medida, desde que o julgador fundamente de forma clara suas premissas e proceda a análise da adequação, necessidade, e proporcionalidade estrita da norma – i.e., fundamente de forma apta e clara sua decisão.

O que se pretendeu demonstrar – ainda que rapidamente, dadas as limitações espaciais – é que o caminho (a fundamentação) que levou o STF a chegar a esta conclusão não pode ser aceito, por carecer de um déficit argumentativo e permitir que os direitos fundamentais fiquem ao capricho de meros juízos de conveniência e oportunidade políticas, para os quais não se exige qualquer fundamentação constitucional e nenhum ônus argumentativo.

4 CONCLUSÃO

A Constituição previu expressamente como cláusula pétrea a proibição de deliberação de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV). Isso significa que os direitos e garantias fundamentais são tão caros ao ordenamento jurídico (criado e fundamentado pela Constituição) que a sua rigidez, hierarquia, supremacia e força normativa foram colocadas pelo poder constituinte fora do âmbito de atuação da competência de reforma constitucional.

Diante desta constatação, entendemos que se deve encarar os direitos fundamentais de forma a lhes dar a maior amplitude possível, primeiramente diferenciando-os entre direitos definitivos (normas com estrutura de regra) e direitos *prima facie* (normas com estrutura de princípio). E esta diferenciação traz consigo a incompatibilidade de se excluir, *a priori*, determinados fatos, estados, situações ou posições jurídicas do âmbito de proteção do direito fundamental e de se retirar a ideia de “regulamentações” do conceito de intervenção estatal.

A existência de limites imanes ao próprio direito fundamental também é de ser rechaçada se se busca sua maior amplitude. A restrição ao direito fundamental não é a ele imane, e sim dependente de fatores externos, em especial a colisão com outros direitos fundamentais.

Esta maior amplitude dada aos direitos fundamentais implica inexoravelmente no aumento do número de colisões entre eles, as quais devem ser resolvidas por meio de duas técnicas, a depender do modo pelo qual se dá a restrição: caso esta se dê por meio de regra, deve ser aplicado ao caso a regra da proporcionalidade, a fim de se verificar se a medida adotada é adequada, necessária e proporcional; caso não haja regra versando sobre a matéria, deve se realizar o sopesamento entre os princípios diretamente envolvidos na solução do caso.

Estas premissas levam a conclusão de que o conteúdo essencial do direito fundamental também não nos é dado *a priori*, e sim através da aplicação do princípio proporcionalidade, no caso concreto, i.e.: o conteúdo essencial de um direito fundamental depende das condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses no caso concreto.

Por todo o exposto é que defendemos que o método mais seguro – tanto do ponto de vista do ônus argumentativo imposto pelo constituinte à competência de reforma quanto com a defesa dos direitos fundamentais – para se verificar se uma emenda constitucional restritiva de direitos fundamentais previstos pelo constituinte originário feriu ou não a cláusula pétrea referente à proteção dos direitos e garantias individuais é aplicar ao caso a regra de direito

fundamental atribuída oriunda de uma relação condicionada de precedência estabelecida com base na aplicação da regra da proporcionalidade, a qual revelará se houve ou não violação do conteúdo essencial do direito fundamental em questão, no caso concreto.

Esta tese que ora defendemos possuem, em nosso sentir, três vantagens sobre a o que a maior parte da doutrina nacional vem defendendo: (1) ela não exclui, *a priori*, nenhum fato, estado, situação ou posição jurídica do âmbito de proteção do direito fundamental – o que faz com que muitas coisas tidas como não protegidas pela doutrina tradicional (de forma que a sua restrição sequer precisaria ser fundamentada) passem a gozar de proteção; (2) esta não exclusão impõe à competência de reforma (e à Justiça Constitucional) um enorme ônus argumentativo – já que para a restrição ser considerada constitucional ela terá de passar pelo teste da proporcionalidade; e (3) ela oferece critérios racionais e (tanto quanto possível) objetivos para se verificar se há ou não ofensa ao conteúdo essencial do direito fundamental.

Excluir aprioristicamente condutas, estados ou posições jurídicas do âmbito de proteção, não considerar intervenção toda potencial restrição a esse âmbito de proteção ou considerar absoluto o conteúdo essencial dos direitos fundamentais finda por retirar do legislador (ou administrador ou julgador) o ônus argumentativo para demonstrar a constitucionalidade da intervenção, deixando-os ao capricho de conveniência e oportunidade do legislador, para os quais não se exige fundamentação constitucional, o que não nos parece consentâneo com aquilo desejado pela Constituição e por qualquer julgador ou operador do Direito compromissado com a proteção aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, p. 155-167, jan./jun. 2005a
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AMORIN, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005.
- ANDRADE, Vieira. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípio e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1963.
- BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.
- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*. Trad. José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone Editora, 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Relatório de atividades 2011*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, v. 171, p.81-90, jul./set 2006.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 159-174, jan./jun. 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, Edmonton, v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990.

_____. *Talking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LEVI, Eliphaz. *A Chave dos Grandes Mistérios*. Trad. Madelen de Merkoulouff. São Paulo: Editora Três, s/d.

LIMA, Eusébio de Queiroz. *Theoria do Estado*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1935

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montivideo: Konrad-Adenauer-Stifung, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder Constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 4, 1985

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, abr. 2003

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 4. Coimbra: Coimbra Ed., 1993

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O espírito das Leis*. 2 ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, p. 70-80, 2005.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n.120, out./dez. 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3 ed. 3 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. 48 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2009.

SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, nº 09, p. 361-388, jan./jul. 2007.

SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 6, p. 541-558, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, p. 191-210, 2006.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011a.

_____. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006a

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição tem um sistema de reserva legal? In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quórum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 11-32, out./dez. 2001.

TAVARES, André Ramos. A Constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 09, p. 337-348, jan./jul. 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O originalismo e a Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 15-24, jul./set. 2007a.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

THOMAS, Tracy A. Proportionality and the Supreme Court's jurisprudence of remedies. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 59, p. 73-136, nov. 2007.

TSAKYRAKIS, Stavros. *Total Freedom: the Morality of Proportionality*. Disponível em: <<http://constitutionalism.gr/html/ent/288/ent.2288.asp>>. Acesso em 22 de junho de 2012

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. O Direito Fundamental à Liberdade de Consciência e a Impossibilidade de Imposição de Valores Morais pelo Estado através de Normas Penais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 12, n. 1/2, p. 157-179, jan./dez. 2011.

VICENTINO, Cláudio. *História geral*. 8 ed. São Paulo: Scipione, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997.

_____. A gramática dos direitos humanos. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 1, n. 4, p. 13-33, jul./set. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.