

**A QUESTÃO DOS LIMITES DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO DIREITO CONSTITUCIONAL
DE CONFLITOS**

Karin Regina Dittrich

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE
SANTA CATARINA COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM DIREITO**

Orientador: Prof^o Doutor Sílvio Dobrowolski

FLORIANÓPOLIS

1998

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

Dissertação: *“A questão dos limites dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Constitucional de conflitos.”*

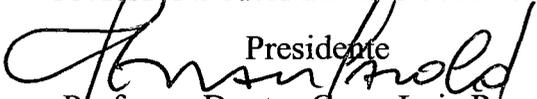
Elaborada por **Karin Regina Dittrich**, e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

Florianópolis, 27 de julho de 1998.

BANCA EXAMINADORA:


Professor Doutor Sílvio Dobrowolski

Presidente


Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Membro


Professor Doutor Volnei Ivo Carlin

Membro

Prof. Orientador:

Dr. Sílvio Dobrowolski

Coordenador do Curso:

Dr. Ubaldo Cesar Balthazar





Dedico ao Rúben, Júlia e ao
Guilherme, que nasceu junto com
esta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Sílvio Dobrowolski, pela confiança que depositou num trabalho à distância e, principalmente, por ter compreendido os diferentes caminhos que uma vida pode tomar.

Aos funcionários e professores do CPGD, pela agradável convivência.

À minha grande amiga Renata, sem a qual teria sido difícil ter forças e tranquilidade para chegar ao fim.

À minha mãe, que nunca "largou do meu pé".

“ A aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFSC à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta”.

RESUMO

O objeto da presente dissertação é um estudo, de caráter dogmático, do direito constitucional de conflitos, sob o ponto de vista de uma teoria de regras e princípios, nomeadamente a questão dos limites (ou restrições) aos direitos fundamentais.

Esta dissertação está dividida em três capítulos, além de uma introdução e algumas considerações finais.

O primeiro capítulo visa, através de um contexto histórico, delimitar o conceito e o conteúdo dos direitos fundamentais hodiernamente considerados, expondo, em especial, as teorias materiais que demonstram as relações entre o Estado e os indivíduos no âmbito dos direitos fundamentais.

O segundo e o terceiro capítulo preocupam-se de maneira especial com a estrutura das normas de direitos fundamentais e as situações de conflitos em que podem se encontrar, procurando expor as formas de solução através do processo metódico de ponderação de direitos e bens.

Às considerações finais coube o papel de identificar as falhas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem se mostrado displicente em organizar um sistema positivo de normas que visem dispor sobre direito constitucional de conflitos.

ABSTRACT

The object of this essay is a study, from a dogmatic point of view, of the constitutional laws conflict, particularly what refers to limitations (or restrictions) to the fundamental rights.

This essay is divided into three chapters, besides an introduction and some final considerations.

The first chapter tries, through a historic context, to define the concept and content of the up-to-date fundamental rights, showing, especially, the material theories that reveal the relations (connections) between the State and the citizens, concerning the fundamental rights.

The second and third chapters worry, in a special manner, with the structure of the fundamental rights rules and the conflict situations in which they can be found, trying to show the possible solutions through a systematic process that balances rights and possessions.

On the final considerations, it is possible to identify the living faults in the Brazilian juridical system, which has been negligent in organizing a positive disposition of rules to regulate the constitutional laws of conflicts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - DELIMITAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL	
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1 FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
<i>1.1 Dos Direitos Naturais à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789</i>	<i>18</i>
1.1.1 Precedentes históricos da origem do direito natural	18
1.1.2 O jusnaturalismo.....	23
1.2 O processo de positivação dos direitos do homem.....	26
2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	34
2.1 Dimensão Subjetiva	36
2.2 Dimensão Objetiva	39
3 CONCEITOS AFINS AO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
A) Direitos Humanos ou Direitos do Homem	40
B) Liberdades Públicas.....	43
C) Direitos Subjetivos Públicos.....	45
4 TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	47

CAPÍTULO II - ESTRUTURA DAS NORMAS DE

DIREITO FUNDAMENTAL.....	58
1 CONCEITO DE NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	59
2 DEVERES FUNDAMENTAIS E NORMAS DE DEVERES FUNDAMENTAIS ..	65
3 REGRAS E PRINCÍPIOS	69
3.1 <i>Conflito de regras</i>	72
3.2 <i>Colisões de princípios</i>	73
3.3 <i>O diferente caracter prima facie de regras e princípios</i>	77
3.4 <i>Regras e Princípios como Razões</i>	78
3.5 <i>Objecções ao conceito de princípio</i>	79
3.6 <i>O princípio da dignidade da pessoa humana e a lei da colisão</i> . 81	
4 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A TEORIA DOS VALORES	83

CAPÍTULO III -OS LIMITES AOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS.....	88
1 QUESTÕES PRÉVIAS.....	89
2 CONCEITO DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	92
3 NORMAS RESTRITIVAS DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	95
3.1 <i>Âmbito de proteção ou pressuposto de fato de direito fundamental (Tatbestand)</i>	96
3.2 <i>Tipos de restrições de direitos fundamentais</i>	97

4 DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONFLITOS	103
4.1 <i>Conflito ou Colisão de direitos</i>	103
4.2 <i>Solução de conflitos de direitos fundamentais</i>	104
4.3 <i>Concurso ou concorrência de direitos fundamentais</i>	107
5 LIMITES AOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS)	108
5.1 <i>Garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais</i>	110
6 CASOS ESPECIAIS DE RESTRIÇÕES	116
A) <i>Suspensão do Exercício de Direitos</i>	116
B) <i>Privação Individual de Direitos</i>	117
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	124

INTRODUÇÃO

Há, no direito brasileiro, uma tradição na qual as disciplinas, notadamente as relacionadas ao Direito Civil e ao Direito Penal, são matérias de ordem prática, de grande dinâmica processual, por excelência, ficando a cargo de disciplinas como o Direito Constitucional o peso de terem um conteúdo essencialmente teórico, com fortes impressões históricas e sociológicas. É justo, no entanto, afirmar que se tal acontece, deve-se unicamente à história constitucionalista brasileira, a qual, sofrendo as consequências dos regimes ditatoriais, que pouco ou nada garantiram eficácia e aplicabilidade direta às normas de Direito Constitucional, ficando o conteúdo desse cingido a apreciação da constitucionalidade das leis.

Atualmente, já não se verifica a possibilidade de utilizar tais argumentos para não introduzir no conteúdo da disciplina de Direito Constitucional seus aspectos mais práticos, de caráter organizacional e procedimental, nomeadamente a tarefa de interpretação e concretização das normas de direito fundamental. A Constituição promulgada em 1988 abriu um novo capítulo na história constitucional brasileira, não apenas por ser uma nova Constituição, mas, principalmente, por propiciar aos seus intérpretes uma verdadeira tarefa de argumentação com a abertura necessária à utilização das mais modernas teorias no âmbito da dogmática jurídica. A presente pesquisa resulta do interesse acadêmico no estudo da dogmática do Direito Constitucional, nomeadamente sob o seu aspecto analítico, ou seja, a análise dos conceitos essenciais sobre os direitos fundamentais no direito positivo vigente, constituindo este seu objeto. De antemão, afigura-se o caráter limitado das normas de direito fundamental, isto é, não há direito, por mais fundamental que seja,

ilimitado. A forma como se encontram estruturados e caracterizados as limitações aos direitos fundamentais, constituirá o principal objetivo desta pesquisa.

Contudo, faz-se a seguinte ressalva: o fato da doutrina constitucionalista brasileira abordar superficialmente o assunto obriga o autor, muitas vezes, a utilizar a doutrina estrangeira, nomeadamente a portuguesa, alemã e espanhola. Sempre que possível, privilegiou-se o ordenamento constitucional brasileiro, utilizando-se de suas normas nos exemplos consignados. Contudo, quando da impossibilidade de referir-se à Constituição Brasileira permitiu-se a utilização dos textos estrangeiros.

No Capítulo I - Delimitação Histórica e Conceitual Dos Direitos Fundamentais - inicialmente, procede-se à retrospectiva histórica da formação dos direitos fundamentais de modo geral, da sua origem e posterior evolução e desenvolvimento como direitos do homem, traduzindo, neste sentido, pouco mais que uma carta de intenções, até o momento de sua transformação em verdadeiras garantias positivadas constitucionalmente. A partir de então, passa-se a delimitar seu conceito, incluindo os conceitos conexos, e abordando as várias teorias existentes que tentam explicar o relacionamento entre o Estado e os cidadãos no que diz respeito aos direitos fundamentais.

A estrutura das normas de direitos fundamentais ficou a cargo do segundo capítulo. Apesar de sua formulação criteriosa, não se exauram todas as possibilidades de abordagem das normas de direitos fundamentais. No entanto, privilegia-se a teoria jurídica segundo a qual as normas são de dois tipos: as regras e os princípios. A distinção entre estes constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais em contraposição a teoria da metodologia

tradicional que distinguia norma e princípios. Ainda no segundo capítulo, faz-se menção aos deveres fundamentais e as normas que os traduzem.

Por fim, o terceiro capítulo traz a questão dos limites dos direitos fundamentais. Além dos aspectos estruturais destas normas, refere-se às situações criadas pela existência dos limites, como os conflitos entre direitos fundamentais e entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos e as possibilidades de solucioná-los. Igualmente, os próprios limites dos direitos fundamentais estão restringidos, de forma a não permitir soluções arbitrárias que possam limitar os direitos mais que o jurídico e faticamente necessário. Finaliza este capítulo com as formas especiais de restrições aos direitos fundamentais.

Observar-se-á que ao longo do presente trabalho utiliza-se as expressões “limites” e “restrições” como sinônimas. Apesar de alguns autores fazerem distinção entre elas, não há aqui esta intenção e nem assim se pretende configurá-las, antes pelo contrário.

Para o a obtenção do resultado desejado, utiliza-se nesta dissertação, preferencialmente, o método indutivo e, excepcionalmente o dedutivo, empregando-se a técnica de pesquisa bibliográfica e de textos legais. Não possuindo como marco teórico algum autor especial, opta-se, para o desenvolvimento do tema, pela leitura de obras nacionais e, especialmente, estrangeiras, relacionadas com o assunto.

Cumprе esclarecer, por último, que o conteúdo do trabalho que se apresenta, como manifestação do direito de liberdade de expressão, configura-se de responsabilidade exclusiva da mestranda, não importando sua eventual aprovação

em qualquer comprometimento ideológico por parte da respectiva banca, ou ainda, do orientador, responsável pela sua presidencia.

CAPÍTULO I

DELIMITAÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. *Formação dos Direitos Fundamentais*

“ Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.¹

Antes de passarmos à fase da positivação dos direitos fundamentais cabe fazer um breve histórico direcionado à identificação das lutas do homem na concretização dos seus direitos, já que é a história que nos fornece os dados das condições de realização dos direitos do homem. O que se pretende, então, é demonstrar que as conquistas, hoje garantidas, não são somente o resultado de processos instantâneos (como, por exemplo, a Revolução Francesa), mas, sobretudo, de um longo percurso, cujo início é a percepção, pela consciência humana, da existência de seus próprios direitos. Nas palavras do ilustre Miguel REALE, “ *é da autosconsciência da dignidade do homem que nasce a idéia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.* ”²

Desde logo, salienta-se que o assunto em epígrafe não pretende ser um estudo aprofundado, de caráter filosófico ou histórico dos direitos fundamentais, mas tão somente uma nota de caráter introdutório, explicativo, da evolução destes direitos.

1.1 Dos Direitos Naturais à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

1.1.1 Precedentes históricos da origem do direito natural

Foi numa perspectiva filosófica, no campo das idéias, que surgiram as primeiras questões acerca dos direitos do homem. Apesar de estar muito distante da concepção atual dos direitos fundamentais, não podemos deixar de fazer referência aos ideais de liberdade e igualdade defendido pelos teóricos da Grécia Antiga.

Com a descoberta da razão pelos gregos como razão demonstradora, científica, em substituição à razão narrativa, mítica, como forma de interpretação e explicação do mundo e do homem (a passagem do *mitos* para o *logos*), surge uma nova percepção (racional) da realidade deduzida a partir de uma lei natural, imutável, a todos os homens. Os sofistas, por exemplo, aproximaram-se da tese da igualdade e liberdade do direito natural, ao reconhecerem a natureza biológica comum dos homens.

Contudo, foi através do conceito de justiça que foram desenvolvidas as concepções de liberdade e igualdade. Para tanto, limitar-se-á a Aristóteles, posto ter sido quem mais longe levou a análise do conceito de Justiça³ na sua época.

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 1992. p. 5.

² REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 8 ed. São Paulo:1978. p. 211.

³ Cabe salientar a posição de GOMES CANOTILHO, como outros que o acompanham: “ Quando se põe a pergunta da existência da idéia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Basta

Tendo como o bem supremo e fim último a felicidade, o homem deve buscar a virtude, ou seja, ter hábitos ou disposições, resultantes do seu esforço em submeter os seus atos à razão e aos fins superiores da sua natureza, graças aos quais saberá realizar as obras que lhe são próprias. As virtudes são, por sua vez, de duas espécies: uma intelectual e outra ética ou moral. As primeiras, adquirem-se por via teórica, mediante o ensino; as éticas, têm raiz na vontade e adquirem-se pelo exercício do livre arbítrio. É entre estas que tem lugar destacado a justiça.

Em sentido lato, a Justiça equivale ao exercício de todas as virtudes. Em sentido estrito, porém, esta define-se como virtude ética particular, em que se dá, além da alteridade a nota da igualdade. Na justiça se aplica e realiza o princípio da igualdade como fundamento da coesão e harmonia na vida social⁴.

recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural. O primeiro julgava que só um pequeno número de homens especialmente qualificados possuía um verdadeiro saber acerca da pilotagem do Estado e perante este pequeno número os demais indivíduos estavam obrigados a uma obediência incondicionada, convertendo-se em seus súditos ou escravos. Significativo é o tema por ele desenvolvido das três raças (de ouro, pratas e bronze) destinadas a desempenhar funções diferentes na cidade. O segundo, enfrentando a questão da iniquidade do estatuto da escravidão, acaba por fazer a defesa da condição natural do escravo: «aquele que por lei natural não pertence a si mesmo mas que não obstante ser homem pertence a outro, é naturalmente escravo». GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional, p. 501.

⁴ Por sua vez, o princípio da igualdade pode ser aplicado de duas maneiras, originando-se duas espécies de justiça: a distributiva e a correctiva.

“A justiça distributiva tem por objeto a distribuição de honras e dos bens pela comunidade, e exige que cada um receba uma porção adequada aos seus méritos. O próprio princípio da igualdade exige neste ponto uma desigualdade de tratamento, pois, sendo diferentes os méritos, diferentes devem ser os prêmios.

“A justiça correctiva não considera em primeiro as pessoas, mas sim, as coisas; nela, a aplicação do princípio da igualdade conduz a uma diversa consequência, visto que não são méritos diferentes que se medem, mas mede-se impessoalmente o benefício ou o prejuízo que as partes ou sujeitos podem experimentar, isto é, as coisas e os atos no seu valor efectivo intrínseco, considerando-se como iguais os termos pessoais.

“Se a justiça distributiva ordenava as relações entre a sociedade e os seus membros, a correctiva ordena as relações dos membros entre si. Ora, quando nela intervém como elemento principal a vontade dos interessados, chama-se-lhe comutativa; e, quando inclusivamente se impõe contra a vontade de um deles, por decisão do juíza, como ocorre no castigo de um crime, chama-se-lhe judicial”. Cfme. TRUYOL SERRA, História da Filosofias do Direito e do Estado. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Coleção Estudo Geral. p. 134.

A idéia de liberdade, por sua vez, consiste, basicamente, na participação na vida da *Pólis*, a qual constitui uma comunidade de homens livres, aptos à realizar uma vida autônoma e perfeita.

Contudo, a grande incongruência destes ideais de liberdade e igualdade consiste na aceitação da escravatura. Tanto Aristóteles como Platão, consideraram a escravatura uma instituição natural. Justifica-se pela suposta incapacidade de certos homens para se governarem a si mesmos: daí deriva que devem submeter-se ao governo de outrem, não só no interesse deste, mas também no deles próprios. Aristóteles também alegou a necessidade económica: o escravo é um instrumento animado, indispensável para manejar os instrumentos inanimados, na produção de bens. Ainda, reconheceu a existência de escravos que só o são por lei ou convenção, e não por natureza (como os prisioneiros de guerra)⁵.

Da Grécia para Roma, ficou o legado dos estóicos e a concepção da lei natural das acções humanas, a qual, mais tarde, serviu de ponto de partida filosófico para a construção do direito natural e, especialmente, ao pensamento cristão. Foi Marco Túlio CÍCERO quem difundiu a doutrina estoicista entre os romanos. Muito embora não fosse original nem profundo, teve a sinceridade em admitir que os seus tratados eram, essencialmente, compilações. Para a filosofia estoicista, a liberdade e a igualdade são inerentes à natureza humana: “a igualdade

Sobre a Justiça, v. também Justiça Social in PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. Florianópolis:Estudantil, 1988, p. 71-76.

⁵ A título ilustrativo, cabe acrescentar que Aristóteles, ao contrário de Platão, considera que o homem é, por natureza, superior à mulher.

radica no fato de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal. Quer dizer: direitos de todo o mundo e não apenas direitos limitados ao espaço da *polis*.”⁶

Da participação comum dos homens no *logos* divino, resulta a igualdade essencial de todos eles, não havendo mais distinções em função do nascimento: todos nascem livres e a escravidão é uma mera convenção. Todos são regidos por uma lei universal única, isto é, por uma razão que rege o universo e que, mais em especial, governa os homens. Esta razão é formada por um conjunto de princípios éticos que derivam da própria natureza, concebida no sentido estóico. Aqui reside o precedente imediato da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*.

O Cristianismo é um dos fatos históricos de maior relevância para o mundo ocidental, condicionando o comportamento humano em suas várias vertentes, nomeadamente na moral, religião, filosofia, artes, direito e política.

O advento do Cristianismo e, com ele, o reconhecimento da dignidade de cada homem concreto como filho de Deus, foi com certeza o grande passo no processo de conscientização dos direitos inerentes ao homem, em especial, o da dignidade da pessoa humana.

“ É com o Cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade

⁶ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 501.

irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir.

“ A liberdade é essencialmente, a liberdade interior espiritual, dos filhos de Deus. Não é a liberdade política – que não teria sentido no contexto em que o Cristianismo se difundiu, primeiro no meio adverso do império Romano pagão, depois no cesaropapismo constantino e bizantino, a seguir na insegurança provocada pelas invasões bárbaras e, por último, na nova sociedade homogénea, a Cristandade ocidental, resultante da reconstrução e da fusão dos elementos latinos e germânicos.”⁷

A filosofia de S. TOMÁS DE AQUINO (1224-1274), também conhecida como a Escolástica, é a coroa do pensamento cristão medieval. Caracteriza-a um equilíbrio doutrinário que fez dela, até hoje, o ponto comum de apoio e de referência, e a maior autoridade intelectual dentro do catolicismo.

Foi da confluência do pensamento aristotélico com o cristão que nasceu a versão tomista da metafísica cristã da ordem. Sua influência foi especialmente relevante para o desenvolvimento, através do jusnaturalismo medieval, da idéia de submeter o direito positivo aos preceitos do direito natural, bem como o da criação de postulados suprapositivos que orientam e limitam, isto é, que atuam como critério de legitimidade, de quem exerce o poder⁸.

Nos séculos XVI e XVII se produz uma decisiva transposição para o plano da subjetividade dos postulados da lei natural, configurando-se uma ampla teoria dos direitos naturais. Na sua elaboração, tiveram importante papel tanto teólogos

⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Parte IV. 2 ed. Coimbra:Coimbra, 1993. p. 17-18.

como juristas. Entre os primeiros, podemos citar Bartolomeu de Las Casas, o qual, ao defender os direitos dos habitantes dos novos territórios descobertos e colonizados (especialmente na América), fundamentou as bases doutrinárias para o reconhecimento da liberdade e dignidade de todos os homens.

1.1.2 O jusnaturalismo

Se, na Idade Média, o direito natural estava vinculado à vontade de Deus, a partir do século XVIII, no nascente racionalismo, ressurgiu como princípios deduzidos da razão do homem individual. Neste momento, surge a Escola do Jusnaturalismo Clássico, fundada por Hugo Grotius (1625) e da qual foram seguidores, LOCKE, PUFENDORF, KANT, entre outros.

Os direitos humanos, tal como se apresentam conceitualizados na actualidade, têm origem inequivocamente jusnaturalista e surgem como contraréplica aos excessos absolutistas, exigindo toda uma série de garantias civis, políticas e processuais sobre a base de argumentos de índole contratualista.

PEREZ-LUÑO sistematiza desta forma o pensamento dos referidos jusnaturalistas:

“ Com Locke, a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade se converte em fim prioritário da sociedade civil e em princípio legitimador básico do governo. Enquanto que Pufendorf resumiu na dignidade humana o postulado de que deriva seu sistema de direitos naturais.”

⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los Derechos Fundamentales. 5 ed. Madrid:Tecnos, 1993, p. 30.

“Posteriormente, já em pleno século XVIII, Rousseau concebeu a formulação mais célebre da teoria do contrato social, para justificar mediante ela toda forma de poder no livre consentimento dops membros da sociedade. Dito consentimento encontra sua expressão na vontade geral, em cuja formação concorre cada cidadão em condições de igualdade, e que constitui o fundamento da lei entendida como instrumento para garantir e limitar a liberdade”

“ Kant representa a culminação de um processo teórico dirigido a depurar as doutrinas jusnaturalistas de elementos empíricos e pseudohistóricos, ao fundar o Direito natural exclusivamente sobre princípios a priori, enquanto exigências absolutas da razão prática. Para Kant, todos os direitos naturais se compreendiam no direito à liberdade, enquanto esta pode coexistir com a liberdade dos demás segundo uma lei universal: tal direito corresponde a todo homem com base na sua própria humanidade. Ao mesmo tempo, Kant contribuiu diretamente na formação do conceito de Estado de Direito, categoria interdependente com a dos direitos fundamentais, isto é, aquele Estado em que as leis são soberanas, enquanto constituem a manifestação externa das exigências de racionalidade e liberdade, e não a vontade arbitrária de quem detém o poder.”
(trad. da autora)

⁹ “ Con Locke, la defensa de los derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad se convierte en el fin prioritario de la sociedad civil y en el principio legitimador básico del gobierno. Mientras que Pufendorf cifró en la dignidad humana el postulado del que deriva su sistema de derechos naturales.

Posteriormente, ya en pleno siglo XVIII, Rousseau concibió la formulación más célebre de la teoría del contrato social, para justificar mediante ella toda forma de poder en el libre consentimiento de los miembros de la sociedad. Dicho consentimiento halla su expresión en la voluntad general, a cuya formación concurre cada ciudadano en condiciones de igualdad, y que constiuye el fundamento de la ley entendida como instrumento para garantizar y limitar la libertad.

Kant representa la culminación de un proceso teórico dirigido a depurar las doctrinas iusnaturalistas de elementos empíricos y pseudohistóricos, al fundar el Derecho natural exclusivamente sobre principios a priori, en cuanto exigencias absolutas de la razón práctica. Para kant, todos los derechos naturales se comprendiam en el derecho a la libertad, en cuanto ésta pueda coexistir con la libertad de los demás según una ley universal: tal derecho corresponde a todo hombre en base a su propia humanidad. Al propio tiempo, Kant contribuyó directamente a la formaci'on dek concepto del Estado de Derecho, categoria interdependiente con la de los derechos fundamentales, esto es, aquel Estado en el que sobn soberanas las leyes, en cuanto constityuyen la manifestación externa de las exigencias de racionalidad y libertad, y no lo arbitraria voluntad de quienesdetentan el poder”. Idem, p. 31-32.

Neste momento os direitos humanos assumem sua função como direitos subjetivos, faculdades ou prerrogativas que o ordenamento jurídico reconhece aos indivíduos concedendo-lhes uma determinada liberdade cingida pela limitação de um determinado comportamento, o qual consistia em ação (obrigação de dar e obrigação de fazer), e, também, numa abstenção (obrigação de não fazer).

Apesar da elaboração de cartas de direitos, como a Magna Carta (1215), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679), o Bill of Rights (1688) e as várias cartas de direitos ou liberdades estabelecidas pelas colônias inglesas na América, ou mesmo antes, quando surgiram as primeiras leis que delimitavam o poder do soberano¹⁰, foi após os movimentos revolucionários do século XVIII que iniciou-se o processo de positivação dos direitos do homem (posteriormente, direitos fundamentais) tendentes a uma universalização destes direitos.

¹⁰ Citando alguns exemplos: os pactos, os forais, as cartas de franquia. Em especial, cabe mencionar os Pactos, estabelecidos nas cortes de Leão e Castela no ano de 1188 entre o Monarca D. Afonso IX e o reino, nos quais este “jurara sustentar a justiça e paz do reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo, etc.” e o Privilégio geral, outorgado por Pedro III nas cortes de Zaragoza de 1283, o qual foi considerado a base legal das liberdades da Coroa de Aragão. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14 ed. São Paulo:Malheiros, 1997.

1.2 O processo de positivação dos direitos do homem

“ Se por direitos fundamentais se entende em sentido muito amplo todas aquelas normas jurídicas que reconhecem certas prerrogativas aos particulares, o processo de sua positivação pode remontar-se aos mais longínquo testemunhos dos ordenamentos jurídicos positivos. Todo ordenamento jurídico determina a esfera de atuação dos particulares e, ao fazer-lo, estabelece junto a determinados deveres um conjunto mais ou menos amplo de faculdades. Ora bem, no mundo antigo é muito discutível a existência de autênticas formulações positivas de direitos humanos. Para que se possa falar em direitos humanos não basta reconhecer determinadas faculdades ao indivíduo, mas é necessário que se reconheçam imprescindíveis para o desenvolvimento da atividade pessoal e social. Daí que a positivação dos direitos fundamentais seja o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento no plano técnico dos sistemas de positivação, e paulatinamente afirmar-se no terreno ideológico das idéias de liberdade e dignidade humanas.”¹¹ (trad. da autora)

Pedro CRUZ VILLALON destaca três momentos relevantes na história da positivação dos direitos fundamentais: 1º) as declarações de direitos na América pós revolução, em especial a Declaração de Virgínia, culminando na constitucionalização dos direitos; 2º) a “eclipse europeia dos direitos fundamentais”, tendo como melhor exemplo a França do século XIX; 3º) e, por fim,

¹¹ “ Si por derechos fundamentales se entienden en sentido muy amplio todas aquellas normas jurídicas que reconocen ciertas prerrogativas a los particulares, el proceso de su positivación puede remontarse a los más lejanos testimonios de ordenamientos jurídicos positivos. Todo orden jurídico determina la esfera de actuación de los particulares y, al hacerlo, establece, junto a determinados deberes, un conjunto más o menos amplio de facultades. Ahora bien, en el mundo antiguo es muy discutible la existencia de una autênticas formulaciones positivas de derechos humanos. Para que se pueda hablar de derechos humanos no basta reconocer determinadas facultades al individuo, sino que se precisa que reputen imprescindibles para el desarrollo de actividad personal y social. De ahí que la positivación de los derechos fundamentales sea el producto de una dialéctica constante entre el progressivo desarrollo en el plano tecnico de los sistemas de positivación, y el paulatino afirmarse en el terreno ideológico delas ideas de la libertad y la

a Constituição de Weimar, como antecedente imediato dos “atuais” direitos fundamentais¹².

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12.1.1776, é considerada, por muitos, como a primeira declaração de direitos fundamentais hodiernamente entendida¹³. Teve influência do Direito Natural e das teorias contratualistas de LOCKE, ROUSSEAU E MONTESQUIEU largamente abordadas nos escritos de Thomas JEFFERSON e ADAMS, “pais” da Declaração de Independência dos Estados Unidos. O mais importante de observar é que tais declarações viriam a ser direito positivo enquanto uma parte da Constituição de cada Estado americano, sendo que a estrutura política é a outra parte.

Se no plano dos Estados-membros temos as Declarações, no âmbito federal está a Carta de Direitos (The Bill of Rights). Esta foi uma exigência de alguns

dignidad humanas.” PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. El proceso de positivación de los derechos fundamentales. In: Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, p. 108-109.

¹² CRUZ VILLALON, Pedro. Formacion y Evolucion de los Derechos Fundamentales. In: Revista Española de Derecho Constitucional, n.25. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 42.

¹³ Consta da Declaração de Virgínia, em seus dezesseis artigos, os seguintes direitos: “1) todos os homens são por natureza livre e independentes; 2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; 3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; 4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; 5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições frequentes, certas e regulares; 6) as eleições dos representantes do povo devem ser livres; 7) é ilegítimo todo poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimento dos representantes do povo; 8) assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; 9) vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; 10) vedada a expedição de mandados gerais de busca ou de detenção, sem especificação exata e prova do crime; 11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; 12) que a milícia bem regulada, composta de elementos do povo, com prática das armas, constitui a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempos de paz, devem ser evitados, como perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, o militar deve ficar sob rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado; 13) todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência”. SILVA, p. 154.

estados para aderirem à Federação americana e, conseqüentemente, subordinarem-se à Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 17.9.1787. A Carta de Direitos americana consiste em emendas à Constituição cujos enunciados, elaborados por Thomas Jefferson, garantem direitos fundamentais a todos os homens^{14 15}.

Ao modo de como ocorreu nos Estados Unidos, a Assembleia constituinte da França revolucionária aprovou, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi posteriormente reconhecida pela Constituição francesa de

¹⁴ Como parte integrante da Constituição, à Carta de Direitos impõem-se os mesmos rigores, como a supremacia das normas constitucionais e o controle judicial da constitucionalidade das leis referentes aos direitos.

¹⁵ De 1791 a 1975 várias emendas que formam a Carta de Direitos foram promulgadas, estando assegurados os seguintes direitos fundamentais: "1) liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição (Emenda 1); 2) inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos (Emenda 4); 3) direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal, isto é, com garantias legais suficientes (Emenda 5); 4) garantia do direito de propriedade, de que não se poderá privar senão para uso público e com justa compensação (Emenda 5); 5) direito a julgamento público e rápido por júri imparcial do Estado e distrito em que o crime tenha sido cometido, com direito a provas de defesa e assistência de um advogado (Emenda 6); 6) vedação de exigências de fiança e multas excessivas, bem como da infligência de penas cruéis ou inusitadas (Emenda 8), tal como já previa a Declaração de Virgínia; 7) proibição de escravatura e servidão involuntária (Emenda 13); 8) garantia de que todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos são cidadãos norte-americanos qualquer que seja a sua raça ou cor (Emenda 14); 9) garantia de igual proteção das leis, ou seja, igualdade perante a lei (Emenda 14 e 27); 10) garantia ao direito de sufrágio igual a todos os cidadãos, que, por isso, não poderá ser restringido por motivo de raça ou cor (Emenda 15); como os Estados segregacionistas contornavam essa vedação por meio de um imposto eleitoral, em valor tal que os negros, em geral, não podiam pagar, vem a Emenda 24a. de 1964, para declarar que nem os Estados Unidos nem os Estados-membros poderão denegar ou cercear o direito dos cidadãos ao sufrágio em qualquer eleição para presidente, vice-presidente, senador ou representante no Congresso, por motivo de não haverem pago um imposto eleitoral ou qualquer outro imposto; 11) direito de voto às mulheres (Emenda 19a); 12) proibição de leis retroativas, leis ex post facto (constante do corpo da Constituição, n. 3 da Seção IX e n.1 da Seção X do Art. I); proibição de bill of attainder, lei de proscricão, que significa considerar ilegítima qualquer medida legislativa colocando pessoas fora da lei, proibindo-as de gozar de qualquer direito (constante do corpo da Constituição, n. 3 da Seção IX do Art. I); 14) proibição de suspensão do habeas corpus, a menos que a ordem pública o exija nos casos de rebelião ou invasão; 15) garantia de que a enumeração de certos direitos na Constituição não seja interpretada como denegação ou diminuição dos outros direitos que o povo se reservou (Emenda 9a)" SILVA, p. 155-156.

1791¹⁶.

“ Neste famoso texto, a igual modo como os norte-americanos, se insiste no carácter universal dos direitos consagrados, por seu fundamento racional cuja validez se considera absoluta. Seus pressupostos são também individualistas: os direitos que correspondem ao homem por natureza são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistencia à opressão. Somente a lei poderá limitar o disfrute dos direitos naturais de cada cidadão e, para assegurar a todos, se concebe como expressão da vontade geral, nos moldes do ensinamento de Rousseau.” ¹⁷
(trad. da autora)

Contudo, as semelhanças entre a América e a Europa, nomeadamente a França, ficam neste primeiro momento, pois se naquela a constitucionalização dos direitos é um fato contínuo e bem sucedido, nesta as coisas tomaram outro rumo. Isto porque, em França, a Constituição e, conseqüentemente, a constitucionalização dos direitos, foi um processo “fracassado”, devido, em grande parte, a instabilidade social e política por um lado¹⁸, e, por outro a falta de uma garantia aos direitos positivados. É, pois, neste sentido, que CRUZ VILLALON diz ter havido uma “eclipse dos direitos fundamentais”¹⁹: enquanto as Constituições estabelecem garantias aos direitos, não especificam quaisquer remédios para protegê-los face a

¹⁶ Esta Constituição, apelidada de “girondina”, durou apenas dois anos, e foi substituída pela “jacobina” em 1793, a qual inicia com um grande rol de direitos individuais, mas, principalmente, incluindo alguns direitos sociais, como os dos trabalhadores, a proteção frente à pobreza e à educação.

¹⁷ “ En este famoso texto, al igual que en los norteamericanos, se insiste en el carácter universal de los derechos consagrados, por su fundamento racional cuya validez se considera absoluta. Sus presupuestos son también individualistas: los derechos que le corresponden al hombre por naturaleza son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Sólo la ley podrá limitar el disfrute de los derechos naturales de cada ciudadano y, para asegurarlos a todos, se concibe como expresión de la voluntad general, a tenor de la enseñanza de Rousseau.” PEREZ-LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, p. 36.

¹⁸ Ressalta-se que após a Constituição de 1791, houveram outras logo em seguida, com carácter de Ato Constitucional, em 1793 e 1795, só para citar as mais próximas.

uma transgressão pelo legislador. Em outras palavras, ao mesmo tempo que a Constituição estabelece que o poder legislativo não poderá fazer lei que atente contra os direitos estabelecidos (quer pela própria Constituição, quer pelas Declarações de Direitos) proíbe qualquer interferência do poder judiciário no controle judicial da constitucionalidade das leis emandas pelo legislativo, conforme consta do Decreto de 16/08/1790:

“os tribunais não poderão tomar parte alguma, nem direta nem indiretamente, no exercício do poder legislativo sancionados pelo Rei, sob pena de incorrer em responsabilidade. Se limitará a transcrever pura e simplesmente em um registro particular e a publicar no término de oito dias as leis que lhes sejam enviadas.”²⁰

Se o que acima escrito pode ser traduzido como uma “desnaturalização” dos direitos fundamentais, os tempos posteriores demonstram uma desconstitucionalização dos mesmos. Senão, vejamos. As Constituições que se sucederam, no século seguinte, tendem a manter em seu texto quase que somente as liberdades individuais, não dando conhecimento da Declaração de Direitos de 1789. Somente, nas Constituições de Luis Bonaparte de 1852 e 1870, é que se declara o reconhecimento dos princípios proclamados na Declaração de 1789, tornando-os a “base do direito público dos franceses”, porém sem estipular como seriam garantidos, ou seja, reconhece como princípios mas não como direito positivo.

Convém relembrar que, na América, desde logo foi garantido o controle da constitucionalidade das leis pelos tribunais.

¹⁹ CRUZ VILLALON, p. 49

²⁰ Idem, p. 51.

Estas foram as primeiras peças a caírem, como num jogo de dominó. Nos Estados, onde haviam lutas contra o poder absoluto de um soberano em movimentos revolucionários ou apenas transições políticas de grande comoção social, tendo em vista uma nova estrutura constitucional, proclamavam-se Declarações ou Cartas garantidoras de direitos fundamentais. Exemplos destas situações são: a *Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (Rússia, 1918)*²¹, a *Carta do trabalho (Itália, 1927)*. Onde fora instaurada uma nova ordem constitucional, concebida nos moldes do Estado de Direito, os direitos fundamentais tiveram especial relevância, juntamente com a estrutura política vigente.

Conquanto fala-se em declarações, cartas e positivação dos direitos dos homens, passa-se ao largo dos “verdadeiros” direitos fundamentais, posto não serem apenas uma intenção ou um desdobramento do princípio da legalidade, mas uma verdadeira garantia institucional. Em outras palavras, o processo de positivação, de constitucionalização dos direitos fundamentais, só encontrará seu fim (enquanto processo) no momento em que se abrir o caminho a sua garantia, passando de simples preceitos positivados na Constituição a normas eficazes de aplicação imediata com o respaldo da tutela judicial.

É, então, no contexto europeu do início do presente século, que na Alemanha é promulgada a Constituição de Weimar, consagrando em seu Livro II os *Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães*, assim organizado: Capítulo I: os direitos da

²¹ Esta Declaração, feita por Lenin, teve grande influência do Manifesto Comunista (1848) de MARX e ENGELS. Como uma antítese ao pensamento liberal-burguês, a Declaração ignorava o reconhecimento de qualquer direito individual: “Daí começar por constituir a ‘República dos Soviéticos obreiros, Soldados e Campesinos’, fundada sobre o princípio da livre união de nações livres, propondo suprimir toda exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes,

pessoa individual; Capítulo II: os direitos da vida social; Capítulo III: os direitos da vida religiosa; Capítulo IV: escola e educação; Capítulo V: vida econômica. A partir deste momento, a expressão “direitos fundamentais” passa a ser largamente difundida na doutrina alemã, bem como em outros países, especialmente após a I Guerra Mundial.

A primeira questão colocada pelos juristas alemães foi a da eficácia jurídica ou significado normativo das normas constitucionais, nomeadamente as referentes aos direitos fundamentais.

“ O problema, e quase o desafio, delineado por esta parte desde o primeiro momento era a de sua eficácia jurídica ou ‘significado normativo’. Pois não há que dizer que a Constituição mesma carecia de preceito algum que lhe dê resposta. Num primeiro intento, logo descartado, foi o de reduzir o problema, nas palavras de SCHMITT, à alternativa «programa/positividade» ou, em outros termos, à alternativa de «irrelevância/giro no vazio» (LEERLAUF). ‘Programa’ ou ‘irrelevância’ no caso dos preceitos que traçam objetivos sociais, isto é, daqueles a que aludimos no segundo grupo. ‘Positividade’ ou ‘giro no vazio’ (em última análise também irrelevância), no caso de quase todos os direitos de liberdade tradicionais:”

“ ‘A alternativa: programa-direito positivo é de uma rotunda simplicidade, seu sentido normal é a irrelevância jurídica na medida em que se trata de um simples programa, ‘giro no vazio’, ou seja igualmente irrelevância, na medida em que todos os direitos fundamentais se encontram submetidos à reserva de uma simples lei, e não apenas frases vazias às quais somente o legislador atribui conteúdo.’”²²

esmagar sem piedade todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países”. SILVA, p. 160.

²² “ El problema, y case el desafío, planteado por esta parte desde el primer momento era el de su eficacia jurídica o «significado normativo». Pues no hay que decir que la Constitución misma carecia de

Em outras palavras, os preceitos dedicados às liberdades individuais “giram no vazio” por consistirem em grande parte a uma remissão ao legislador reduzindo-os a meras especificações do princípio da legalidade, como denota-se do Art. 118:

“ Todo alemão tem o direito a expor livremente sua opinião dentro dos limites das leis gerais” e Art. 153: “ A Constituição garante a propriedade. Seu conteúdo e seus limites resultam das leis ”. É, pois, com o desenvolvimento do conceito de *garantia institucional*, que pretende-se ‘escapar das garras do puro princípio da legalidade’²³.

Foi a Lei Fundamental, de 23.05.1949, que procurou, finalmente, garantir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais ao estatuir, no Art. 19.2, que “em caso algum pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”. Da mesma forma, garantiu a eficácia direta das normas de direito fundamental, sua vinculação geral e tutela judicial como nenhuma outra, até então.

precepto alguno que diera respuesta a aquél. Un primer intento, pronto descartado, fue el de reducir el problema, en palabras de SCHMITT, a la alternativa «programa/positividad» o, en otros terminos, a la de «irrelevancia/giro en el vacio» (Leerlauf). ‘Programa’ o ‘irrelevancia’ en el caso de los preceptos que plantean abjetivos sociales, es decir, de aquéllos a los que aludíamos en un segundo grupo. ‘Positividad’ o ‘giro en el vacio’ (en ultimo término también irrelevancia), en el caso de casi todos los derechos de libertad tradicionales:

“ La alternativa: Programa-derecho positivo es de una rotunda simplicidad; su sentido normal es la irrelevancia juridica en la medida en que se trata de un simples programa; ‘giro en el vacio’, o sea igualmente irrelevancia, en la medida en que los derechos fundamentales se hallan sometidos a la reserva de una simples ley, y no sino frases vacías a las que sólo el legislador les da realmente contenido.” CRUZ VILALON, p. 57.

²³ Quem, inicialmente, melhor desenvolveu este conceito foi Carl Schmitt. Além de sua obra, ver também, entre nós, resumo de BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo:Malheiros, 1997, p. 519 e ss.

2 Conceito de Direitos Fundamentais

Não constitui tarefa fácil conceituar direitos fundamentais sem cair, ao longo do presente trabalho, em antagonismos, já que serão abordadas várias categorias similares, as quais possuem pontos de intersecção com o seu conceito. Tendo em vista estas considerações, neste primeiro momento será feita uma abordagem ampla dos direitos fundamentais como categoria dogmática do Direito Constitucional.

O surgimento do conceito de direitos fundamentais dá-se, na história, com a transição para a modernidade. As idéias de liberdade, igualdade e dignidade existem há muito tempo, mas só se tornaram direitos com o mundo moderno. Como assevera CRUZ VILLALON, *“os direitos fundamentais nascem com as Constituições e onde não há constituição, não há direitos fundamentais”*²⁴. Isto não significa, entretanto, que não haja qualquer direito protegido, mas apenas que não são direitos fundamentais, mas outros, como liberdades públicas, direitos humanos, direitos públicos subjetivos. Na história mais recente do constitucionalismo moderno, aprendemos que a Constituição é a coluna cervical do Estado de Direito, e que os direitos fundamentais, as normas que consagram a forma de Estado e as que estabelecem o sistema económico ditam o status jurídico-político de sociedade²⁵.

“ Assim, dá-se um estreito nexó de interdependência, genético e funcional, entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito exige e implica para ser-lo garantir

²⁴ CRUZ VILLALON, *idem*, pp. 35 e ss.

²⁵ Cfme. veremos a seguir no item 3: as teorias dos direitos fundamentais.

os direitos fundamentais, enquanto estes exigem e implicam para sua realização o Estado de Direito. De outro lado, o tipo de Estado de Direito (liberal ou social) proclamado nos textos constitucionais dependem do alcance e significação que neles se assinala os direitos fundamentais, que, por sua vez, vem condicionado pelo tipo de Estado de Direito no qual se formulam. De igual modo, a Constituição econômica se encontra integrada, em grande medida, por aqueles direitos fundamentais que delimitam o regime da propriedade, da liberdade de empresa, do sistema tributário ou do marco das relações laborais e da segurança social.”²⁶ (trad. da autora)

A questão torna-se tão ou mais complexa ao perceber-se que os direitos fundamentais, hodiernamente considerados, constituem mais que um rol de normas estatuídas como tais pelas constituições tendo em vista a proteção dos direitos dos cidadãos frente ao poder estatal: são, igualmente, vistos como os próprios valores, objetivos, da comunidade na qual estão inseridos. Isto quer dizer, enfim, que os direitos fundamentais têm uma natureza multifacetada, a razão de ser, de existir, já é mais alargada do que a que se pretendia quando de suas origens. Está-se falando, então, de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais²⁷.

²⁶ “ Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético e funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho. De otro lado, el tipo de Estado de Derecho (liberal o social) proclamado en los textos constitucionales dependem del alcance e significación que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, que, por su vez, ven condicionado por el tipo de Estado de Derecho en que se formulam. De igual modo, la Constitución económica representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales, pero esa Constitución económica se halla integrada, en gran medida, por aquellos derechos fundamentales que delimitam el régimen de la propiedad, la libertad de empresa, el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social”. PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Los Derechos Fundamentales. p. 19.

²⁷ Encontra-se na literatura, com o mesmo sentido, as expressões: “dupla função”, “duplo caráter”, “dupla natureza” dos direitos fundamentais.

2.1 Dimensão Subjetiva

Ao abordar a origem dos direitos fundamentais tem-se a noção inicial de que eles serviram, basicamente, para tutelar interesses individuais, nomeadamente regulando as suas relações com o Estado. Em seguida, com o advento do estado social de direitos, fez-se necessário uma ampliação do âmbito de atuação dos direitos fundamentais de forma a abranger as relações entre particulares²⁸, mas, igualmente, com a ajuda da interferência estatal. Pode-se dizer, portanto, que há sempre uma relação entre o indivíduo e o Estado, qualquer que seja o momento histórico. A esta relação, Georg JELLINEK chamou *status*: “una relación con el Estado que califica al individuo.”²⁹

JELLINEK descreveu as sucessivas etapas de afirmação dos direitos públicos subjetivos, donde demonstra a forma como evoluíram estas relações entre o indivíduo e o Estado: o *status subjectiones*, ou passivo; *status libertatis*, ou negativo; o *status civitatis*, ou positivo; e, *status activae civitatis*, ou da cidadania ativa.

No *status subjecciones* ou passivo, o indivíduo encontra-se submetido às normas estabelecidas pelo poder público num estado de sujeição, “dentro da esfera do poder individual”.

²⁸ Tal necessidade deu-se em virtude de já não mais ser suficiente a igualdade formal, materializada na sociedade capitalista, mas de já ser imprescindível a aplicação imediata de uma igualdade material, exigindo do poder público a promoção de condições necessárias para que as liberdades e igualdades do indivíduo fossem reais e efetivas.

²⁹ JELLINEK, apud ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 248

O conceito de *status libertatis*, ou negativo, é relativamente problemático. Em linhas gerais, pode-se dizer que neste estado há o reconhecimento de uma esfera de liberdade negativa do indivíduo, é dizer, o Estado permite, dentro de uma certa limitação, que os indivíduos atuem da forma que lhes convier, ou seja, livremente, sem que, para isso, haja qualquer interveniência estatal. Mas não é só. Citando JELLINEK, pode-se alargar tal conceito inicial, senão vejamos:

“ Ao membro do Estado corresponde, pois, um ‘status’ no qual é senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o Império. É na esfera individual da liberdade, do ‘status’ negativo, do ‘status libertatis’, no qual os fins estritamente individuais encontram sua satisfação através do ato livre do indivíduo.” (trad. da autora)³⁰

Porém, a “esfera de liberdade” a que se refere é tão somente aquelas ações que para o Estado são juridicamente irrelevantes, indiferentes. É, contudo, no conceito ambíguo e polivalente de “juridicamente irrelevante” que se encontra o centro da polémica.

O *status civitatis* ou positivo consiste no reconhecimento, pelo Estado, da capacidade jurídica do indivíduo em pretender que o poder público atue em seu favor, dando-lhe a faculdade de servir-se das suas instituições estaduais. Por fim, no *status activae civitatis*, o Estado reconhece os direitos políticos dos indivíduos,

³⁰ “ Al miembro del Estado le corresponde, pues, un status en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que nega el Imperium. Es el de la esfera individual de la libertad, del status negativo, del status libertatis, en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo”. JELLINEK, apud ALEXYS, p. 251.

como, por exemplo, o sufrágio universal³¹.

Assim, seja qual for o momento dentro do quadro evolutivo dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que estes possuem um ponto de vista individualista no sentido de reconhecer faculdades referentes ao âmbito vital do indivíduo, especialmente relacionados com a sua própria liberdade, suas relações sociais e a forma de participação política, conjunto de fatores estes imprescindíveis ao seu desenvolvimento como pessoa e que decorrem da grande temática relacionada a dignidade da pessoa humana. Desta forma, os direitos fundamentais *“constituyen el nucleo básico, ineludible e irrenunciable, del status juridico del individuo.”*³²

Identificam-se com essa dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos individuais. Aliás, como assevera GOMES CANOTILHO, **“ há uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais(...) que considera que os direitos são, em primeira linha, direitos individuais”**³³. Dentre estas cita-se, o direito à vida e à integridade física, à honra, o direito de propriedade o direito de liberdade e igualdade. Observa-se que tais normas são de fulcral importância às pessoas individualmente consideradas, especialmente no que concerne às suas expectativas de desenvolvimento de sua personalidade, de proteção aos seus interesses e ideais.

³¹ Sobre a teoria do status de JELLINEK, v. sua Teoria Geral do Estado e Sistema de Direito Público Subjetivo. Ver também ALEXYS, p. 247-266.

³² ECHAVARRIA, Juan Jose. La Teoria de los Derechos Fundamentales. Cit. p. 88.

³³ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 536.

2.2 Dimensão Objetiva

Se, por um lado, os direitos fundamentais envolvem uma relação indivíduo/Estado, por outro, dizem respeito a toda uma comunidade e aos valores a que esta propõe-se seguir, e que constituem elementos essenciais da ordem político-jurídico geral.

Nesta ordem de idéia, a dimensão objetiva, no sentido de função objetiva dos direitos fundamentais, depende de uma visão, ou melhor, *uma pré-compreensão de Estado e Constituição*, que identifique os valores, explícitos e implícitos, de cada sociedade.

José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, vê na dimensão objetiva uma questão de ordem valorativa, ou como o próprio coloca, uma dimensão valorativa, ao atribuir, em parte, a validade jurídica dos direitos fundamentais ao reconhecimento da comunidade.

“ A atribuição dos direitos fundamentais pressupõe agora também o valor da solidariedade, isto é, da responsabilidade comunitária dos indivíduos: descobre-se a dimensão participativa, incluindo no âmbito dos direitos as actuações individuais de carácter político; acentua-se a dimensão social, ao ligar a garantia do gozo dos direitos por todos à necessidade de uma intervenção colectiva reguladora e prestadora que crie as condições gerais do seu exercício efectivo. (...) não se trata somente de negar o carácter absoluto e incondicional dos direitos individuais, possibilitando o seu condicionamento e até a sua restrição para salvaguarda de interesses da comunidade ou dos direitos dos outros. A objetivação dos direitos vai além da possibilidade de compressão que resulta do seu enquadramento social, atinge-os na sua interioridade, já que a dimensão

objectiva também pode contribuir para definir (delimitar) à partida a extensão e o alcance do conteúdo que, por interpretação dos preceitos constitucionais, lhes deve ser atribuído”.³⁴

O mesmo autor sugere haver uma estreita ligação entre a dimensão objetiva e deveres fundamentais *“por se entender estarem em causa em ambos os casos a moderação, a correção ou a superação das teses emancipatórias do liberalismo individualista, quer para a defesa da democracia, promovendo a participação política na vida pública, quer a favor de um empenho solidário de todos nas transformações das estruturas sociais”*³⁵. Acerca do conceito de deveres fundamentais será esclarecido adiante.

3 Conceitos afins ao conceito de direitos fundamentais

Traçada esta pequena resenha histórica a respeito da formação e evolução dos direitos fundamentais, cabe, agora, determinar algumas precisões terminológicas necessárias para delimitar o seu conceito.

A) Direitos Humanos ou Direitos do Homem

³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 146.

³⁵ Ibidem, p. 150.

"Direitos humanos" ou "direitos do homem"³⁶ e "direitos fundamentais" são expressões muita vez utilizadas como sinônimas. Há uma propensão doutrinal, entretanto, que esforça-se em determinar o alcance de ambas as expressões, situando os "direitos fundamentais" como direitos positivos interno, ou seja, de um determinado Estado, enquanto os "direitos humanos" para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, bem como com os bens relacionados com a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade que não tenham alcançado um estatuto jurídico-positivo. Certamente, não há necessidade de, aqui, serem apontados os equívocos que possam considerar tal posição insuficiente para conceituar ambas as expressões.

Há, ainda, quem entenda que esta distinção dá-se em função da escola doutrinária ou opção linguística, como por exemplo, entre nós, o Prof. Paulo Bonavides:

“ Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.”³⁷

³⁶ Alerta JORGE MIRANDA para o uso da expressão “direitos humanos”, a qual deve ser evitada: “1º) por ser, neste momento um anglicismo, sem a sedimentação de quase 200 anos da expressão direitos do homem (esta só parcialmente de origem francesa); 2º) por direitos humanos poder inculcar direitos inerentes à humanidade ou ao gênero humano, sem pertinência a cada pessoa concreta, cujos direitos poderiam, assim, não ser respeitados; 3º) por nada permitir inferir que com direitos do homem só se tenham em vista os homens, e não também as mulheres (lembre-se o art. 1º do Código Civil português de 1867). MIRANDA, p. 50.

Tal conceito mostra-se, no entanto, um pouco vago e impreciso. Os direitos humanos como categorias históricas, nascem com a modernidade, no centro da atmosfera iluminista que inspirou as revoluções burguesas do século XVIII. Por sua vez, os direitos fundamentais

“ aparecem como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria seu ponto intermedio de conexão nos direitos humanos.”³⁸ (trad. da autora)

A necessidade da distinção que pretende-se fazer demonstra que os "direitos fundamentais" contém um elemento teórico prévio que lhe é próprio, o qual, em termos gerais, são compartilhados com os direitos humanos (aqui, podemos-nos conduzir ao século XVIII). Este momento teórico ou ideológico não define, desde logo o que são direitos fundamentais, posto que este deve ser investigado em cada direito constitucional positivo.

Tomando como critério distintivo o diferente grau de concreção positiva destas categorias, PEREZ-LUÑO, assim os distingue:

“ Os direitos humanos podem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigencias da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

³⁷ BONAVIDES, p. 514.

³⁸ “aparecen como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendría su punto intermedio de conexión en los derechos humanos.” PEREZ-LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. p. 43.

Enquanto que com a noção de direitos fundamentais tende-se a aludir àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos nas normas constitucionais, e que podem gozar de uma tutela reforçada.³⁹

(trad. da autora)

Denota-se a maior amplitude do conceito de direitos humanos, ora apresentada, ilustrando com alguns exemplos: a violação dos direitos humanos nos crimes da Alemanha nazista e a negação das liberdades políticas em alguns países da América Latina durante as décadas de 60 e 70. Aqui, não se poderia apelar aos direitos fundamentais visto que em nenhum dos casos havia o reconhecimento, em seu ordenamento jurídico, de tais direitos.⁴⁰

B) Liberdades Públicas

Outra distinção de especial relevo é em relação as *liberdades públicas*. O equívoco que traz a confusão entre estas e os direitos fundamentais reside, especialmente, no fato de ambas serem consideradas direitos subjetivos públicos positivamente garantidos. Tal entendimento é falível, desde já, no que diz respeito aos direitos fundamentais, os quais, além do carácter subjetivo detém um dimensão objetiva.

³⁹ " Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretam las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada." Idem, p. 46.

Isto posto, faz-se necessário, primeiramente, uma posição conceitual em torno das *liberdades públicas*. Nas palavras de JEAN RIVERO,

" liberdades públicas como poderes de autodeterminação reconhecidos e organizados pelo Estado pelos quais o homem, nos diversos domínios, escolhe o comportamento que pretende assumir;

(...) liberdades públicas são direitos do homem que, recebendo consagração do Estado, passaram do direito natural para o direito positivo".⁴¹

Ainda, o conceito do Prof. CRETELLA JR.,

" liberdades públicas são faculdades e pretensões subjetivas públicas de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas expressamente pelo direito positivo, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares optam por modos de agir dentro de limites previamente delimitados pelo poder legislativo." ⁴²

Como os direitos fundamentais, as liberdades públicas aludem a faculdades e situações subjetivas reconhecidas pelo ordenamento jurídico: ambas categorias movem-se na esfera da positividade. Contudo, enquanto as liberdades públicas faz referência aos direitos tradicionais de carácter individual e têm como finalidade

⁴⁰ Exemplos citados por PEREZ-LUÑO, Los Derechos Fundamentales, p. 48.

⁴¹ RIVERO apud CRETELLA JR., José. Curso de Liberdades Públicas. Rio de Janeiro:Forense,1986, p. 24.

⁴² Idem, p. 43.

prioritária garantir as esferas de autonomia (individual) subjetiva, os direitos fundamentais têm um significado mais amplo e compreendem, junto às liberdades tradicionais, os novos direitos no âmbito econômico, social e cultural.

C) Direitos Subjetivos Públicos

Não há como falar em direitos fundamentais (e em direitos humanos) sem ter em vista o conceito de direitos subjetivos públicos. A questão mais controversa é se os direitos fundamentais são sempre direitos subjetivos públicos, ou seja, referem-se a pretensões de fazer, intervir, participar ou receber prestações alegáveis somente contra o poder público e dentro do âmbito das normas de Direito Público, ou também podem ser alegáveis contra os particulares.

Historicamente, os direitos fundamentais, enquanto garantia de direitos de liberdade e igualdade, atuavam quase que unicamente como direitos subjetivos públicos, nomeadamente como forma de limitar a atuação do poder estatal. O seu exercício, além de prescritível, dependia da vontade do titular, que podia renunciar e, até mesmo, transferi-lo. Porém, a medida em que se evidenciavam as desigualdades nas instâncias particulares, nos moldes das sociedades capitalistas, manifestam-se violações aos direitos fundamentais, nomeadamente os de liberdade e igualdade, dos poderes privados mais proeminentes.

Com vistas a estas situações, admite-se a proteção e a garantia dos direitos quer frente aos poderes públicos quer contra os poderes privados. Na Constituição Brasileira, esta garantia está assente em várias regras e princípios:

“ (...) as garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais; tais são, por exemplo, a existência de constituição rígida que declare os direitos fundamentais e suas garantias e estructure os órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestam entre o indivíduo e o Estado; (...) garantias institucionais especiais, que são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos; são, portanto, prescrições do Direito Constitucional positivo que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais.”⁴³ (grifou-se)

Se no âmbito das garantias é indubitável a proteção frente aos particulares, no campo dos direitos propriamente ditos a questão é um tanto mais complexa, posto que nem todos os direitos fundamentais podem ser opostos aos particulares por estarem dirigidos somente aos poderes públicos, como, por exemplo, o direito de participação política. Portanto, a vigência nas relações entre particulares dos direitos fundamentais dependerá, em primeiro lugar, do conteúdo dos mesmos.

⁴³ SILVA, p. 393.

4 Teorias dos direitos fundamentais

Propor-se a desbravar o campo da teoria dos direitos fundamentais não constitui um trabalho simples, porque a concepção de uma teoria geral dos direitos fundamentais é um ideal teórico, e as que nos foram, até hoje, apresentadas são consideradas como uma aproximação a este ideal. Vejamos porque.

A partir das diferentes perspectivas nas quais são formuladas as teorias de direitos fundamentais. Podem ser citadas como principais as seguintes: a) teorias históricas, que explicam o surgimento dos direitos fundamentais; b) teorias filosóficas, que se ocupam da sua fundamentação; c) teorias sociológicas, que tratam da função dos direitos fundamentais no sistema social.

Em que pese as deficiências de uma ou outra teoria dos direitos fundamentais, todas são valiosas no momento em que oferecem a sua contribuição na realização de uma teoria dos direitos fundamentais (do tipo ideal). Fala-se, então, de uma teoria integrativa nos moldes da dimensão analítica da dogmática jurídica⁴⁴, a qual, reunindo muitos enunciados verdadeiros ou correctos sobre os direitos fundamentais, num sistema ordenado, poderia realizar, em maior medida, uma teoria dos direitos fundamentais.

Contudo, ao avaliar as muitas teorias dos direitos fundamentais, principalmente as do tipo mais geral, há de se pesar algumas considerações:

⁴⁴ ALEXY, p. 38-46.

1ª) o nível de abstração das teorias⁴⁵ pode oferecer, quando assim resultar, apenas hipóteses à elaboração de uma teoria ampla e, quando muito, constituir o seu ponto de partida e/ou de chegada;

2ª) quando uma teoria pretende remeter os direitos fundamentais a uma única base teórica, ou melhor dizendo, a uma teoria *unipuntual* (p. ex., a tese segundo a qual os direitos fundamentais são garantias processuais). O seu oposto é a *teoria combinada*, a qual recorre a todas as concepções básicas (teorias que falam de várias funções, aspectos, ou fins dos direitos fundamentais). Obviamente, não se pode desprezar a pluralidade de pontos de vista, mas há de ter-se em conta, igualmente, um modelo que proporcione algo mais que uma mera enumeração de proposições. Uma teoria dos direitos fundamentais não pode manter-se na superfície de suposições fundamentais num alto grau de generalidade.

Tecida as devidas ponderações, passa-se a visar, então, as teorias dos direitos fundamentais formulada por BOCKENDÖRF⁴⁶, considerando esta como a mais influente na doutrina constitucionalista. Segundo este, uma teoria dos direitos fundamentais é a "concepção sistematicamente orientada acerca do carácter geral, dos objetivos normativos e do alcance material dos direitos fundamentais" (trad. da

⁴⁵ O carácter abstrato é aqui entendido pela ausência, na elaboração da teoria, de alguma(s) das três dimensões da dogmática jurídica, a saber: a) analítica, que trata da consideração sistemático-jurídica do direito válido, ou seja, desde a análise dos conceitos fundamentais à estrutura do sistema jurídico; b) empírica, em seu aspecto do conhecimento do direito positivamente válido, não apenas o legislado como, também, o jurisprudencial; e, c) normativa, que trata da orientação e crítica da praxis jurídica, bem como, saber qual é, no caso concreto e sobre a base do direito positivo válido, a decisão correcta (em todos os casos discutidos, a resposta a esta questão inclui as valorações de quem a formula).

⁴⁶ Ernst-Wolfgang BOCKENDORF, ex-juiz da Corte Constitucional de Karlsruhe, Alemanha, publicou suas teorias em 1974 numa das mais influentes revistas jurídicas da Alemanha.

autora)⁴⁷. Cabe ressaltar, que estas teorias procuram apresentar concepções básicas do tipo mais geral acerca dos fins e da estrutura dos direitos fundamentais, dentre as mais diferentes concepções de Estado e a sua respectiva relação com as pessoas⁴⁸. Por isso, e tendo em conta as ponderações acima referidas, não podemos tomar as teorias a seguir apresentadas como uma espécie de esquema prático onde, frente uma determinada situação real, possam ser aplicadas como se tratasse de um molde. Deve-se ter em vista que as teorias servem, preferencialmente, como auxílio da interpretação, construção e sistematização jurídica.

A) Teoria Liberal do Estado de Direito Burguês

Formulada pelo constitucionalista alemão Carl SCHMITT em sua obra “Teoria da Constituição”, e considerada como a primeira teoria dos direitos fundamentais que surgiu com o constitucionalismo liberal, parte da concepção da liberdade do indivíduo como um dado anterior ao Estado sustentando, nesta ordem, a liberdade de ação ou decisão, sem qualquer intervenção estatal:

“(...) a esfera de liberdade do indivíduo se supõe como dado anterior ao Estado, deixando a liberdade do indivíduo ilimitada em princípio, enquanto que a faculdade do Estado para invadir-la é limitada em princípio”.⁴⁹ (trad. da autora)

⁴⁷ “concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales”. BOCKENDORF apud ALEXY, p. 542.

⁴⁸ Acrescenta-se a esta lista a teoria marxista-leninista (VIEIRA DE ANDRADE) ou socialista (GOMES CANOTILHO) dos direitos fundamentais a qual teve grande influência no processo de elaboração da Constituição Portuguesa de 1976.

⁴⁹ “ (...) la esfera de libertad del individuo se supone como dado anterior ao Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio”. SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Madrid:Editorial Revista de Derecho Privado, s.d. (reimpressão), p. 147.

Para Carl SCHMITT, portanto, os direitos fundamentais são somente os direitos liberais que a pessoa humana individual tem frente ao Estado:

“ Os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, direitos do homem individual livre, e, por certo, direitos que ele tem frente ao Estado”.⁵⁰ (trad. da autora)

Tratando sobre a teoria liberal, GOMES CANOTILHO apresenta como características, além das já apontadas, as seguintes:

“ 1) os direitos fundamentais são direitos de postular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia ou direitos de defesa;

2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o carácter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado (...),

3) a substância, o conteúdo, a utilização e efetivação dos direitos fundamentais ficariam for a da competência regulamentar do Estado, dependendo apenas da iniciativa dos cidadãos;

4) a finalidade e o objeto dos direitos fundamentais é de natureza individual;”⁵¹

A teoria liberal, apesar de ainda hoje possuir seus seguidores, merece inúmeras críticas. A principal delas diz respeito aos direitos sociais e coletivos e à

⁵⁰ “ Los derechos fundamentales en sentido próprio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”. Idem, p. 190.

⁵¹ GOMES CANOTILHO, p. 507-8.

Ainda, cita-se Carl SCHMITT: “ é preciso afirmar que em um Estado burguês de Direito não podem ser considerados como direitos fundamentais mais que os direitos de liberdade do homem individual, porque

sua inserção nos modernos ordenamentos jurídicos. Isto porque, perante a teoria liberal, tais direitos, mesmo positivados, teriam que ser considerados inócuos, letra morta no texto constitucional. Esta posição de normas constitucionais sem eficácia jurídica já está ultrapassada na doutrina constitucionalista. Isto posto, e sem entrar nas questões acerca das funções do Estado (só para citar uma das implicações das garantias dos direitos fundamentais) , é que a teoria liberal deve ser lida e interpretada com as devidas precauções.

B) Teoria Institucional

No ensinamento de Robert ALEXY⁵², a teoria institucional dos direitos fundamentais é expressão de uma teoria geral institucional do direito desenvolvida por Maurice HAURIOU e SANTI-ROMANI, mas sua implicação mais ampla aos direitos fundamentais foi obra de Peter HÄBERLE. Como depreende-se do próprio título, esta teoria está estritamente vinculada ao conceito de "instituto" e "instituição"⁵³.

A tese normativa básica da teoria é que os direitos fundamentais devem ser institutos. E, para serem institutos, segundo HÄBERLE, os direitos fundamentais

somente eles podem corresponder ao princípio básico de distribuição do Estado burguês de Direito". (trad. pela autora), ob. cit. p. 192.

⁵² ALEXY, p. 544.

⁵³ Maurice HAURIOU designa como instituição *"todo elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade subjetiva de indivíduos determinados"*. HAURIOU, Maurice. *Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 83.

têm que " (1) ser efetiva e permanentemente invocados pelo maior número possível e (2) ter um efeito estabilizador o mais alto possível com respeito ao 'todo da Constituição e da ordem social'⁵⁴.

Isto quer dizer que a liberdade do indivíduo só existe no quadro da instituição e deve ser exercida com vista à realização de certos fins e objetivos institucionais e que as regras da instituição é que determinam o conteúdo e os limites dos direitos.

Analisando esta teoria, GOMES CANOTILHO destaca como características, resumidamente, as seguintes:

" a) os direitos fundamentais existindo no âmbito de uma instituição e condicionados por sua idéia ordenadora adquirem dimensão funcional na medida que cabe aos titulares dos direitos participar na realização desta idéia;

b) a relação de condicionalidade com outros bens de valor constitucional presentes na instituição. Por isso, o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais são auferidos em relação a estes bens pelo critério da ponderação de bens;

c) a relação de valor com outros bens possibilita à regulamentação legal um maior campo de conformação do que seria permitido numa teoria liberal de direitos fundamentais;

d) o duplo caráter: individual e institucional, implicando que os direitos fundamentais são limitados na dimensão individual para ser reforçada a dimensão institucional'⁵⁵.

⁵⁴ HÄBERLE apud ALEXY, p. 544.

⁵⁵ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 508.

Por fim, acrescenta o ilustre constitucionalista português, uma importante observação:

" o enquadramento dos direitos fundamentais no mundo institucional pode acarretar a 'paragem' dos próprios direitos, na medida em que as instituições sejam consideradas mais como subsistemas de estabilização do que como formas de vida e de relações sociais (...) mutáveis no mundo evolutivo do ser social"⁵⁶.

C) Teoria Axiológica

Os direitos fundamentais dentro de uma teoria axiológica compreendem àqueles valores reconhecidos e aceites numa determinada sociedade.

A teoria da ordem de valores tornou-se uma das mais criticadas por desenvolver uma tese que oferece pouca segurança jurídica ao colocar os direitos fundamentais **"numa ordem de valores que abre caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa intuição espiritual, conducente a uma tirania de valores, estática e decisionista"⁵⁷.**

D) Teoria Democrática-Funcional

Para a teoria democrática-funcional, os direitos fundamentais são considerados em função de uma finalidade estabelecida, a qual se resume na livre participação da vida de todos em comunidade, tendo em vista uma verdadeira

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem, p. 507. Ver ainda, no Capítulo seguinte, onde está traçado um paralelo entre esta teoria e a teoria dos princípios.

democracia. Para tanto, os direitos são concedidos aos cidadãos para a prossecução do bem comum e, como fim último, o exercício da democracia.

Nesta teoria, os princípios democráticos não só estão incluídos entre os princípios de direitos fundamentais, como são dotados de uma prioridade *prima facie* ante estes. Ou seja, ao ponderar-se os direitos e bens constitucionais, os princípios democráticos possuem uma relação de precedência definitiva. Isto porque as liberdades estão condicionadas à ordem democrática: antes de serem um direito são igualmente um dever. Neste sentido, os direitos não estão livremente disponíveis: **"não há um direitos ou é ilegítimo o seu exercício sempre que se vá contra ou se exorbite dos quadros traçados pela função constituinte da democracia"**⁵⁸.

Da mesma forma, a presente teoria nega aos cidadãos o monopólio da iniciativa no exercício dos seus direitos: estes são chamados para cumprirem sua função democrática. A intromissão estatal vai além: os poderes públicos invocam a sua legitimidade para regular e limitar o exercício de direitos, quer para coibir comportamento por eles considerados antidemocráticos (através dos institutos da perda ou suspensão dos direitos pela sua utilização abusiva), quer para incentivar determinadas atitudes conducentes à ordem legal vigente.

A questão que se coloca frente aos preceitos da teoria democrática é o de esta impor uma relação de precedência condicionada, em última análise, ao fato que os

⁵⁸ VIEIRA DE ANDRADE, p. 64.

princípios democráticos serem preferidos em detrimento dos demais princípios, independentemente das situações fáticas pertinentes a cada caso.

E) Teoria do Estado Social

Aponta-se como teoria que mais se aproxima do tipo ideal por conferir aos direitos fundamentais além das dimensões subjetiva e objetiva (de satisfação dos direitos sociais), a dimensão processual. Isto porque, como bem assinala GOMES CANOTILHO, **"não basta exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais se não configurarmos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis* (Häberle)"⁵⁹.**

Desta forma o Estado não apenas teria o dever institucional de satisfazer os direitos sociais através da implementação de políticas públicas, como viria a ser o "réu" pelo não cumprimento destas funções.

A grande dificuldade que importa a presente teoria, particularmente no tocante ao direito brasileiro, não é necessariamente a falta de instrumentos jurídicos para postular frente ao Estado a satisfação dos direitos sociais, mas sim de poder garantir a prestação estatal destes direitos face a uma decisão jurídica definitiva.

De qualquer modo, a tese que postula uma dimensão processual dos direitos fundamentais ainda é recente e, por isso, ainda há muito o que desenvolver e discutir sobre o assunto.

⁵⁹ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 509.

F) Teoria Socialista

Esta teoria não faz parte daquelas desenvolvidas por BOCKENDORF, porém os constitucionalistas portugueses, nomeadamente GOMES CANOTILHO e VIEIRA DE ANDRADE, remetem-se a ela em virtude de sua grande influência na construção do texto constitucional português de 1976. Contudo, a sua utilização como auxílio na interpretação constitucional seria considerada, hoje em dia, como um recurso mais que forçado, visto que perdeu o seu ponto de sustentação após a queda do muro de Berlim e a consequente mudança no regime comunista da antiga URSS (hoje, CEI). Igualmente, nos únicos países onde se poderia dar tal aplicação, temos regimes acusados de violar os direitos humanos, como é o caso da China.

Sua base teórica, entretanto, encontra respaldo nos grandes percussores do comunismo: Karl Marx e Friedrich Engels. Entre outras, pode-se apontar como a principal característica desta teoria:

" A idéia principal parece ser a *funcionalização* dos direitos. Se o objetivo último é atingir esta sociedade perfeita e se está determinado o caminho para lá chegar, então os direitos têm de ser objectivamente (comunitariamente) entendidos: dirigidos que são a um certo fim, têm de ser condicionados pelo projeto social que os justifica. Os direitos não pertencem aos indivíduos, são *concedidos* aos cidadãos para que colaborem na tarefa coletiva e na medida em que sejam necessários para essa tarefa"⁶⁰.

⁶⁰ VIEIRA DE ANDRADE, p. 69-70.

Neste sentido, pode-se afirmar que na teoria marxista dos direitos fundamentais, as liberdades existem enquanto um dever do cidadão na construção da sociedade comunista, não estando, desta forma, disponível o seu livre exercício.

CAPÍTULO II

ESTRUTURA DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

1 Conceito de norma de direito fundamental

Dentro da doutrina constitucionalista, vários são os conceitos de norma⁶¹. Há aqueles que conceituam as normas de acordo com o fim visado por elas; igualmente, há quem se refira a normas constitucionais como uma condicionante do comportamento estatal e da sua produção legiferante, tendo como característica-mor a sua supremacia frente às demais normas. Portanto, o próprio conceito de norma está repleto de âmbíguos significados, os quais, geralmente, conduzem apenas a uma vaga idéia.

Assim sendo, deve-se primeiramente elucidar os conceitos conexos ao de norma, nomeadamente de norma de direito fundamental:

A) Norma de direito fundamental e direito fundamental

Apesar de estarem estritamente ligados, os conceitos de norma de direito fundamental e direito fundamental requerem alguns esclarecimentos. Sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito, contudo, há normas de direito fundamental que não outorgam qualquer direito fundamental, como aquelas a que não corresponde um direito subjetivo. Daí, depreende-se uma distinção básica entre normas de direito fundamental: 1) normas que garantem direitos subjetivos e 2) normas impositivas de deveres objetivos.

“ Diz-se que uma norma garante um direito subjetivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o «direito» a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto.

“ Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto. Assim, por exemplo, o art. 63.º/2 do CRP, ao estabelecer que «incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado»”.⁶²

Da mesma forma, na Constituição Brasileira, o Art. 5º, §1º prescreve que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. Esta norma impõe um dever ao Estado independentemente da existência de qualquer relação jurídica, por isso é uma norma impositiva de deveres objetivos.

B) Norma e enunciado normativo ⁶³

Os enunciados normativos são formulações através das quais uma norma pode expressar-se. Há diferentes formas de expressar uma norma. Por exemplo, o Artigo 5º, inciso LI, caput, da Constituição Brasileira: “ nenhum brasileiro será extraditado”. O referido enunciado expressa uma norma segundo a qual é proibido extraditar brasileiros. Entretanto, tal norma poderia ser expressa de outras formas: “ é proibido extraditar brasileiros”, ou “ os brasileiros não podem ser extraditados”. Aqui, temos a utilização de enunciados deônticos, tais como ‘podem’, ‘proibido’.

⁶¹ Tercio Sampaio FERRAZ JR. assinala que houve quem reunisse 82 definições de norma. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um modelo pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (Coor.). A Norma Jurídica (coletânea). São Paulo:Freitas Bastos, 1986, p. 36.

⁶² GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 533.

⁶³ Na doutrina, encontra-se outras expressões para enunciado normativo, tais como disposição de norma e formulação de norma.

Covém advertir que nem todo um enunciado normativo é um enunciado deôntico (como: ‘jamais será extraditado um brasileiro’), porém todo enunciado normativo pode ser transformado num enunciado deôntico para exprimir a mesma norma. Nos enunciados normativos há sempre algo que é ordenado, proibido ou permitido.

C) Disjunção de normas

Consoante a interpretação que é dada a um enunciado normativo, pode-se encontrar normas com âmbitos diferenciados. Assim, temos as seguintes hipóteses⁶⁴:

“Norma 1 – a vida humana é inviolável desde o momento do nascimento até o momento da morte.

“Norma 2 – a vida humana é inviolável desde o momento da concepção até o momento da morte.

“Norma 3 – a vida humana é inviolável desde o momento em que, de acordo com os dados da ciência começa a haver vida intra-uterina até ao momento da morte”

D) Conjunção de normas : quando, num mesmo enunciado normativo, encontra-se várias normas.

E) Sobreposição de normas: quando em dois, ou mais, enunciados normativos exprimem normas que se sobrepõe parcialmente.

⁶⁴ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 207.

F) Normas sem enunciado normativo: pode haver uma norma sem enunciado normativo, como no caso de um sinal vermelho do semáforo, ou, de forma mais complexa, quando determinado princípio não está explícito, mas retira-se o seu conteúdo de vários enunciados constitucionais.

G) Normas adscritas de direito fundamental

Os enunciados normativos que exprimem normas de direito fundamental estão diretamente estatuídos pela Constituição (como o caso do Título II da Constituição Brasileira). Contudo, muita vez tais enunciados são imprecisos, devido a uma abertura semântica e estrutural que lhes são inerentes. Vejamos, por exemplo, o Artigo 5º, incisos IX e XIII da Constituição Brasileira:

“ IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

Nos referidos enunciados, a questão da abertura semântica encontra-se na imprecisão das expressões ‘intelectual’, ‘artístico’, ‘científico’, ‘trabalho’, ‘ofício’ e ‘profissão’, cuja solução normalmente fica a cargo dos Tribunais Constitucionais através do processo interpretativo/concretizador das normas.

Mas, a questão torna-se mais difícil quando falamos da abertura estrutural que caracteriza a maioria dos enunciados normativos de direito fundamental. Sobre abertura estrutural dos enunciados normativos de direito fundamental paira a

indagação de existir uma situação que deve ser criada por ações estatais ou se consiste em omissões estatais. Assim, nos enunciados acima, não está claro se deve o Estado garantir as liberdades estatuídas, atuando diretamente neste sentido, ou simplesmente ter uma atitude de não interferência.

Isto posto, pode-se então seguir com o conceito de norma de direito fundamental.

Segundo ALEXY, a questão do conceito de norma de direito fundamental pode ser colocada de duas formas: a abstrata e a concreta.

“ É proposta abstratamente quando se pergunta sob quais critérios uma norma, independente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou Constituição, pode ser identificada como norma de direito fundamental. É proposta concretamente quando se pergunta quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direito fundamental e quais não são”.⁶⁵ (trad. da autora)

Presentemente, interessa colocar a questão concretamente.

Em primeiro lugar, cumpre-se saber quais os enunciados constitucionais expressam normas de direito fundamental; em segundo, se somente as normas expressas pela Constituição é que são normas de direito fundamental.

Para melhor esclarecimento, passamos a analisar o conceito e a estrutura das normas de direito fundamental, no sentido de saber quais normas, de um

⁶⁵ “ Es planteada abstractamente cuando se pregunta sobre la base de cuáles criterios una norma, independientemente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental. Es planteada concretamente cuando se pregunta cuáles normas de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución son normas de derecho fundamental y cuáles no”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 62.

determinado ordenamento jurídico ou Constituição, são normas de direitos fundamentais e quais não são.

A fundamentação do conceito de norma de direito fundamental pode estar vinculada a critérios materiais, estruturais ou formais. Aqui, por conveniência, adotaremos critérios formais que aponte a forma de posituação dos direitos fundamentais.

Com base nestes critérios formais, todos os enunciados de um capítulo titulado de "Direitos fundamentais" (como o Título II da Constituição Brasileira) são disposições (enunciados normativos) de direitos fundamentais, independentemente do seu conteúdo e estrutura. Mas não somente. Há, dentro do texto constitucional outras disposições de direito fundamental que expressam normas de direito fundamental, os quais são considerados direitos análogos aos direitos fundamentais, porém deixam de gozar do regime especial destes, como o da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias expressas no "catálogo" do Art. 5º. Destas, são exemplos os direitos sociais.

Da mesma forma, dispõe o Art. 5º, § 2º da Constituição Federal que "**os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**". Aqui, fica claro que admite-se a existência de outras normas de direito fundamental que não tenham sido expressa e formalmente estatuído pela Constituição.

É evidente que a Constituição Brasileira, apesar de não o ter expresso textualmente, aplica dois regimes aos direitos fundamentais, quais sejam, o regime especial dos direitos e deveres individuais e coletivos (leia-se "direitos, liberdades e garantias") constantes do catálogo de direitos do Art. 5º, e o regime dos direitos sociais e daqueles presentes no Título VIII - "Da Ordem Social", os quais são considerados, então, como direitos análogos aos direitos fundamentais

2 Deveres fundamentais e normas de deveres fundamentais

Até o presente momento, tem-se referido aos direitos fundamentais. Contudo, não se deve esquecer que ao lado destes encontram-se os deveres fundamentais, de outra forma não estaria estatuído na Constituição Brasileira, Título II – Capítulo I: “*DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS*” (sublinhou-se). Igualmente, consta da Declaração universal que “*o indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade*” (art. 29, nº 1).

No caso constitucional brasileiro, o estabelecimento de deveres, junto aos direitos fundamentais, foi mais uma imposição dos constituintes conservadores que não aceitavam a idéia de conferir ao povo apenas direitos. De qualquer forma, os deveres impostos, nomeadamente no Art. 5º, têm como destinatários mais o Poder Público que os indivíduos, senão ve-se os exemplos: o dever de propiciar ampla defesa aos acusados (inciso LV); o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares (inciso LXI); o dever de comunicar a prisão de alguém e o local onde se encontre ao juiz competente e à família do preso (inciso LXII); o dever de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado (inciso LXIII); o dever de

identificação, ao preso, dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório (inciso LXIV); o dever de respeitar a integridade física do preso (inciso XLIX), etc ⁶⁶.

Com os exemplos acima citados, fica, inicialmente, a impressão que a cada dever do Estado corresponde um direito do indivíduo. Contudo, esta é uma colocação errônea. Para estabelecer a relação entre direitos e deveres, cabe algumas considerações prévias, como bem relacionou Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ⁶⁷. Resumidamente, enfoca-se as seguintes:

- a) não são conceitos correlativos ou opostos, pois a existência de um dever não pressupõe a do direito, da mesma forma que a um direito não corresponde, necessariamente, um dever;
- b) são ambos conceitos históricos, nascidos a partir da modernidade;
- c) ambos possuem o adjetivo de fundamentais por referirem a dimensões básicas da vida em sociedade, quer no âmbito das necessidades da condição humana quer na estrutura e organização do Estado;
- d) as normas que estabelecem os direitos e os deveres fundamentais são normas positivadas tanto constitucionalmente quanto na legislação ordinária;
- e) são titulares de direitos e deveres tanto os indivíduos quanto a coletividade (grupos, associações...).

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14 ed. São Paulo:Malheiros, 1997. p. 193.

⁶⁷ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. Derecho y Derechos Fundamentales. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 199, p.323 /6.

Em se tratando de deveres fundamentais deve-se ter em mente serem, antes de mais nada, deveres jurídicos. Segundo Gregorio Peces-Barba, apoiado em tese de L. A. Hart:

“ O dever jurídico existe com a independência de que o dever de que se trata tenha tido previamente ou não uma dimensão moral (o dever de não injuriar ou caluniar e o dever de conduzir pela direita são ambos deveres jurídicos de origem distinta). Somente o dever jurídico será relevante, do mesmo modo que o direito subjetivo, a liberdade, a potestade ou a imunidade para o Direito, com independência da influência ou da pressão que podem produzir aquelas dimensões morais que engendram obrigações a esse nível, e da possibilidade de que se convertam em obrigações jurídicas. Tudo isto sem prejuízo de que essa influência da moralidade possa orientar as decisões dos operadores jurídicos”.

“ O dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao ordenamento. Isso supõe a sua criação de acordo com a norma de identificação de normas que estabelece os órgãos competentes e os procedimentos adequados para criar normas e o apoio do sistema no poder – fato fundador básico – entendido como conjunto de instituições, poderes, operadores jurídicos e cidadãos que acreditam nos valores que sustentam esse ordenamento, que participam na sua formação, que apoiam e aceitam a sua norma de identificação de normas e que usam as normas que contém. Entre elas, as que estabelecem deveres jurídicos”.

“ Normalmente, os deveres jurídicos levam aparelhada uma sanção em caso de incumprimento e esta consiste numa pena ou na execução forçosa a cargo de quem tem esse dever”. ⁶⁸
(trad. da autora)

⁶⁸ “ El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral (el deber de no injuriar o calumniar y el deber de conducir por la derecha son ambos deberes jurídicos de origen distinto). Sólo el deber jurídico será relevante, igual que el derecho subjetivo, la libertad, la potestad o la inmunidad para el Derecho, con independencia de la influencia o de la presión que pueden producir aquellas dimensiones morales que engedran obligaciones a ese nivel, y de la posibilidad de que se conviertan en obligaciones jurídicas. Todo esto sin perjuicio de que esa influencia de la moralidad pueda orientar las decisiones de los operadores jurídicos.

Tendo por base o referido conceito de deveres jurídicos, adianta-se que os deveres fundamentais são os deveres jurídicos que se referem às dimensões básicas da vida do homem em sociedade, de importancia fulcral para satisfação das necessidades básicas dos indivíduos e para a organização e funcionamento das instituições públicas e, até mesmo, ao exercício dos direitos fundamentais.

Dentre as considerações acima elencadas, a mais importante é que a um direito (fundamental) não corresponde, necessariamente, um dever (fundamental) por outra parte, apesar de em várias situações assim o ser. Tratam de questões referentes ao alcance jurídico dos deveres fundamentais, os quais, segundo este critério, podem ser autônomos ou conexos com os direitos fundamentais.

São *deveres fundamentais autônomos* aqueles que, diretamente estauídos pela constituição, não estão vinculados a qualquer direito. São exemplos, o dever de defesa da pátria, obrigatório através do alistamento militar (para os homens), o pagamento de tributos, etc.

Diferentemente, os *deveres conexos com direitos fundamentais*, possuem uma correlação com os direitos fundamentais, como o do art. 205 da Constituição

“ El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento. Eso supone su creación de acuerdo con la norma de identificación de normas que establece los órganos competentes y los procedimientos adecuados para crear normas y el apoyo del sistema en el poder – hecho fundante básico – entendido como conjunto de instituciones, poderes, operadores jurídicos y ciudadanos que creen en los valores que sustentan ese ordenamiento, que participan en su formación, que apyam e aceptan su norma de identificaión de normas y que usan las normas que contiene. Entre ellas las que establecen deberes jurídicos.

“ Normalmente, los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento y esta consiste en una pena o en la ejecución forzosa a cargo de quien tiene ese deber”. PECES-BRARBA MARTINEZ, p. 363.

Brasileira: “*a educação, direito de todos e dever do Estado e da família (...)*”.

Mais contundente, são os direitos e deveres recíprocos impostos no art. 229:

“ Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Neste, mesmo sem estabelecer explicitamente, é indiscutível os direitos dos filhos menores e dos pais idosos, os quais são diretamente exigíveis, não dependendo, portanto, de uma *interpositio* legislativa.

Mas, nem todos os deveres fundamentais possuem esta aplicabilidade imediata. Ao contrário, a grande maioria necessita de mediação legislativa de forma a criar esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento do dever, por se encontrarem na categoria de “normas desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional”⁶⁹. Neste sentido, temos o dever de votar e, principalmente, o de alistamento militar, os quais sem as devidas sanções seriam inóquos.

3 Regras e princípios

Considerando a estrutura das normas de direito fundamental, é importante a distinção entre regras e princípios, já que estes são dois tipos de normas em que dizem o que *deve ser*: ambas podem ser formuladas com a ajuda de expressões deônticas básicas de mandato, permissão e proibição. Esta distinção constitui a

⁶⁹ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 550.

base da fundamentação dos direitos fundamentais e é uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode haver uma teoria adequada dos limites ou das colisões dos direitos fundamentais, nem, tão pouco, teorizar sobre o papel que desempenham os direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico. A distinção entre regras e princípios constitui o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais em contraposição a teoria da metodologia tradicional que distinguia normas e princípios.⁷⁰

Os critérios existentes para distinguir regras e princípios são numerosos. O mais frequentemente utilizado é o da generalidade⁷¹. Neste, os princípios são normas com um grau de generalidade elevado, enquanto as regras possuem um grau relativamente baixo. Outros critérios podem ser apontados:

“Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito)

Proximidade da ideia de direito: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (DWORKIN) ou na «ideia de direito» (LARENZ); as regras

⁷⁰ Com efeito, a distinção e fundamentação, que se fará a seguir, está cfme. ALEXY, p. 81 e ss.

⁷¹ A expressão “generalidade” é aqui usada como o oposto de especialidade de forma a não confundir com “universalidade/individualidade”. “Uma norma é sempre um bem universal ou individual; a generalidade/especialidade é uma questão de graduação”, cfme. ALEXY, p. 84.

podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”⁷²

Por estes critérios, podemos fundamentar diferentes teses acerca da distinção entre regras e princípio, em especial aquelas que conferem uma diferença baseada no maior ou menor grau de vinculação das normas com os critérios. A tese que nos interessa, porém, é a que diz que *as normas podem dividir-se em regras e princípios e que a diferença entre estes não é apenas de grau mas também qualitativa.*

De acordo com esta tese, o ponto decisivo para distinguir regras e princípios é que os princípios são normas, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas jurídicas existentes. Assim, os princípios são mandatos (em sentido amplo, abarcando as permissões e as proibições) de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida do seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais (fáticas) mas também das jurídicas. Por sua vez, as regras são normas que se cumprem ou não. Se uma regra é válida frente ao ordenamento jurídico a que está vinculada, então deve-se fazer exatamente o que ela exige no âmbito do fato e juridicamente possível. Assim, toda a norma é uma regra ou um princípio e a diferença é de ordem qualitativa.

⁷² GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 166-7.

Questão importante para clarificar a diferença entre regra e princípio (e, portanto, para uma melhor compreensão do objeto do presente trabalho), é a colisão de princípios e o conflito de regras. A diferença entre eles dá-se em função da solução ao problema que surge quando duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis. Como veremos, a solução dos conflitos não obedecem aos mesmos parâmetros quando se trata de conflito de regras e de uma colisão de princípios.

3.1 Conflictos de regras

Há duas maneiras para solucionar um conflito de regras:

- a) introduzindo em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou
- b) declarar uma das regras inválida, eliminando-a do ordenamento jurídico (antinomia jurídica).

Para a primeira hipótese, supõem-se as seguintes regras: uma, ordena que as pessoas permaneçam sentadas no teatro até ouvirem o sinal que indica que possam sair e, outra que ordena que as pessoas se retirem da sala ao ouvirem o sinal de emergência. Há um conflito quando o alarme de incêndio soa e o sinal que lhes permite sair da sala não: estas regras conduzem a um juízo concreto de dever ser contraditórios entre si. Assim, faz-se necessário introduzir uma cláusula de exceção, evitando, assim que uma das regras torne-se inválida.

Porém, há casos que não permitem a resolução de um conflito de regras através de uma cláusula de exceção. Então, torna-se necessário que uma das regras seja considerada inválida. A questão é: qual das regras deverá ser considerada inválida? A resposta deverá ser encontrada no próprio ordenamento jurídico ao determinar o campo de validade da norma⁷³.

3.2 Colisões de princípios

Quando dois princípios entram em colisão, como no caso de um proibir e outro permitir algo, um dos princípios tem que ceder frente ao outro, porém não significa que um deles tenha que ser declarado inválido ou seja necessário introduzir-lhe uma cláusula de exceção.

Os casos de colisões de princípios têm uma solução distinta dos conflitos de regras, posto que não adentram, necessariamente, nas questões de validez da norma, já que pressopõe tratar-se de princípios válidos, mas implicam uma questão de peso, ou preferência.

O que acontece no caso de colisões de princípios é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sendo tais circunsatâncias diferentes, a situação da precedencia pode ser solucionada de maneira inversa. Em casos concretos, podemos afirmar que os princípios possuem pesos diferentes entre

⁷³ Como por exemplo os critérios hierárquico, cronológico e o da especialidade, todos com assento em nosso ordenamento jurídico. Vide, também, sobre antinomias Norberto BOBBIO. Teoria do Ordenamento Jurídico, pp. 92-97.

si, e que vingará aquele com maior peso. Mas como podemos determinar, em casos concretos, quais princípios têm maior e menor peso ?

A solução da colisão entre princípios consiste, basicamente, em que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, se estabelece entre os princípios uma *relação de precedencia condicionada*, isto é, indica-se sob quais condições um princípio precede ao outro, conceito este fundamental para a compreensão da colisão de princípios e, conseqüentemente, para a teoria dos princípios.

Para tanto, é imprescindível a utilização de um exemplo de forma a explicar melhor o funcionamento dos conceitos acima mencionados. Aqui, supomos o seguinte fato concreto⁷⁴: a admissibilidade de realização de uma audiência oral contra um acusado que, devido a tensão que tais atos trazem consigo, corre o perigo de sofrer um infarto.

De acordo com o Tribunal Constitucional alemão, há, neste caso, uma “relação de tensão entre o dever do Estado de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na salvaguarda dos direitos fundamentais garantidos, cuja proteção o Estado está igualmente obrigado pela Lei Fundamental” (BverGE 51, 324 (345)).

Há dois mandatos ao qual o Estado está obrigado: 1º) o princípio da aplicação efetiva do direito penal e; 2º) o princípio da proteção à vida e à integridade física das pessoas. No caso dado, há uma contradição entre os dois princípios, posto que o cumprimento de um inviabiliza o cumprimento do outro. E,

⁷⁴ ALEXY, p. 90. O exemplo seguido está sob o fundamento da Lei Fundamental e refere-se a um acórdão do seu Tribunal Constitucional.

tratando-se de princípios, não se pode eliminar um, declarando-o inválido e retirando-o do ordenamento jurídico, nem, tampouco, acrescentar uma cláusula de exceção em um deles de forma tal que em todos os casos futuros este princípio tenha que ser considerado como uma regra que deve ser satisfeita ou não.

A única solução possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas, é estabelecer uma relação de precedência condicionada que possa demonstrar em quais circunstâncias um princípio tem precedência face a outro.

Temos, portanto, a seguinte formulação:

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$
- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

onde P_1 é *princípio do direito à vida e à integridade física*, P_2 *aplicação do direito penal*, \mathbf{P} é a *relação de precedência* e C *condições sob as quais um princípio precede ao outro*.

Para (1) e (2) temos uma relação de precedência onde não há condições sob as quais um princípio prefere ao outro, a qual podemos chamar de uma relação abstrata de precedência.

Em (3) e (4), há uma situação de relação de precedência condicionada. Em (3) sob certas circunstâncias, o princípio do direito à vida e à integridade física prefere ao princípio da aplicação penal; em (4), o inverso. Resta saber se os interesses do acusado tem um peso manifestamente maior que o dever do Estado em garantir o processo penal.

“ A ponderação do Tribunal consiste, totalmente no sentido do aqui apresentado, na menção das condições de precedência (C) e a fundamentação da tese de que sob estas condições P₁ (isto é, do princípio estabelecido no Art. 2 § 2 frase 1 LF) obtém a sua formulação mais geral na frase: ‘ se existe o perigo concreto manifesto que o acusado no caso de se levar a cabo a audiência oral, perca a sua vida ou experimente graves danos na sua saúde, então, a continuação do processo lesa-o no seu direito fundamental do Art. 2 § 2 frase 1 LF’”.⁷⁵ (trad. da autora)

De acordo com o enunciado do Tribunal, não se fala em precedência de um princípio, mas sim de uma condição sob a qual um direito fundamental é lesionado. Nesta situação, pesa o fato de uma ação (a de levar a cabo a audiência oral) que lesione direito fundamental estar proibida sob o ponto de vista jusfundamental.

“ C é um pressuposto de um suposto de fato de uma norma. Que o C tenha este carácter duplo resulta necessariamente necessariamente da estrutura do enunciado de preferêcia. Pois que o P₁, isto é, o princípio estabelecido no Art. 2 § 2 frase 1 LF, tenha preferencia sob as circunstâncias C significa que a consequência jurídica que resulta de P₁ vale quando se dão as circunstâncias C”.⁷⁶ (trad. da autora)

Em outras palavras, as condições C sob as quais um princípio prefere outro fazem parte do presuposto de fato de uma norma que expressa o resultado jurídico do princípio preferente ⁷⁷. Esta formulação teórica consiste na *lei de colisão*. Esta lei,

⁷⁵ “ La ponderación del Tribunal consiste, totalmente en el sentido de lo aqui presentado, en la mención de las condiciones de precedencia (C) y la fundamentación de la tesis de que bajo estas condiciones PI (es decir, del principio establecido en el artículo 2 párrafo 2 frase 1 LF) obtiene su formulación mas general en la frase: ‘ Si existe el peligro concreto, manifesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pireda su vida o experimente graves daños en su salud, entonces, la continuación del processo lo lesiona en su derecho fundamental del ar´ticulo 2 párrafo 2 frase 1 LF’” . Idem, p. 93.

⁷⁶ “ C es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma. El que C tenga este carácter doble resulta necesariamente de la estructura del enunciado de preferencia. Pues el que P₁ , es decir, el principio establecido en el artículo 2 párrafo2 frase 1 LF, tenga preferencia bajo las circunstancias C significa que la consecuencia juridica que resulta de PI vale cuando se da las circunstancias C” . Idem, p. 94.

⁷⁷ Ver adiante, no Cap. III, sobre presuposto de fato de uma norma de direito fundamental.

“reflete o caráter dos princípios como mandatos de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem à ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constitui a base para tirar força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores”.⁷⁸

3.3 O diferente carácter *prima facie* de regras e princípios

Tendo visto, até agora, que os princípios não de ser vistos como mandatos de otimização, que devem ser realizados ou cumpridos tão optimamente quanto possível, e as regras como normas que ou são cumpridas ou não são, passamos a considerar outra característica: *o (diferente) carácter prima facie de regras e princípios.*

Sendo os princípios normas que devem ser aplicados na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas, podemos afirmar que eles não são exigências ou imperativos *definitivos*, mas *prima facie*. Ao contrário, as regras (que exige que se faça exatamente como é ordenado) quando não consideradas inválidas, contém um mandato definitivo, ou são aplicadas ou não são.

Porém, as regras podem perder seu carácter de *mandato definitivo* quando,

⁷⁸ “refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre os cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que non son cuantificables. Al mismo tiempo, constituye la base para restar fuerza a las objeciones que resultan de la proximidad de la teoria de los principios con la teoria de los valores”. ALEXY, p. 95.

Acrescenta, ainda, o referido autor, em nota de rodapé: “Aqui baste señalar que la ley de colisión conduce – a través del establecimiento de condiciones concretas de precedencia- a una dogmática diferenciada de los distintos derechos fundamentales, es decir, evita una preferencia y un desplazamiento en términos generales. Así, la delimitación según esta ley no es una cuestión de todo-o-nada, sino un problema de ‘desplazamiento del derecho fundamental en cuestiones singulares’ (BverGE 28, 243 (263))” Idem.

tendo em vista a decisão de um caso, é-lhe introduzido uma cláusula de exceção⁷⁹. Esta norma de exceção pode estar disposta sobre a base de um princípio, ou melhor dizendo, pode estar apoiada em um determinado princípio.

3.4 Regras e Princípios como Razões

Outra característica de diferenciação entre regras e princípio é de estes serem considerados razões para a norma. Num primeiro momento, podemos orientar-nos no sentido de serem os princípios razões para as regras e estas razões para juízos concretos de dever ser (normas individuais). Mas não somente: as regras também podem ser razões para regras e os princípios podem ser razões para juízos de dever ser. No exemplo dado acima, temos que o princípio de proteção à vida foi uma razão para a não admissibilidade da realização da audiência oral.

Quando uma regra (válida e que não admite exceções) é uma razão para um juízo concreto de dever ser dizemos que é uma *razão definitiva*. Se o conteúdo deste juízo concreto de dever ser afirma que a alguém corresponde determinado direito, este direito é, então, um *direito definitivo*. Se adotarmos, neste termos, os princípios, temos um *direito prima facie*. De um direito *prima facie* a um direito *definitivo* transcorre a determinação de uma relação de preferência, a qual, pela lei da colisão, é uma regra. Daí que, quando se afirma que um princípio é uma razão

⁷⁹ Esta afirmativa é de ALEXY, que tem um ponto de vista diferente de DWORKIN. Este, entende que as regras não comportam cláusula de exceção: ou são ou não são. Para clarificar o pensamento de

básica para um juízo concreto de dever ser é que, em última análise, este princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para este juízo concreto de dever ser.

3.5 Objeções ao conceito de princípio

Sobre o que foi visto até o presente acerca dos princípios, podemos enumerar contra argumentos a validade das características expostas ⁸⁰.

O primeiro diz respeito a possibilidade de declarar inválido um princípio quando há uma colisão. Ora, como foi exposto anteriormente, a colisão de princípios pressupõe que estes sejam válidos dentro do ordenamento jurídico, ou melhor, a validade é pressuposto da colisão de princípios. Isto não quer dizer que não há princípios que possam ser considerados inválidos dentro de um determinado ordenamento jurídico; mas, se tal for, não há, então uma colisão. Assim ocorre se levarmos em conta os conceitos de conflito de regras e colisão de princípios inseridos no conceito de contradição de normas no sentido mais amplo da palavra. Pois bem, existem dois tipos de contradição de normas: um deles trata da validade da própria norma dentro do ordenamento jurídico e, portanto, trata-se do conflito de regras. É sempre uma questão de saber o que está fora ou dentro da ordem jurídica. O outro tipo de contradição de normas, em sentido amplo, é aquele que se dá

DWORKIN, v.: GRAU, Eros Roberto, A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo:Revista dos Tribunais,1990, p. 108.

⁸⁰ As presentes objeções ao conceito de princípios foram formuladas pelo próprio ALEXY, p. 104.

sempre dentro do ordenamento jurídico e, portanto, são normas válidas, e a sua contradição está dentro do campo de atuação da colisão de princípios.

Em segundo lugar, pode-se argumentar a existência de princípios absolutos, fortes, que não podem ser colocados em uma relação de preferência com outros princípios. Se admitirmos a existência de princípios desta natureza obviamente não se aplica a lei da colisão. Porém, há também que admitir-se que não há limites a sua realização: tratar-se-ia de um princípio juridicamente ilimitado.

“ É fácil argumentar contra a validade de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos fundamentais. Os princípios podem referir-se a bens coletivos ou a direitos individuais. Quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite jurídico. Portanto, até onde chega o princípio absoluto, não podem haver direitos fundamentais. Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio têm que ceder frente ao direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório. Portanto, vale o enunciado segundo o qual os princípios absolutos ou bem não conciliáveis com os direitos individuais ou só o são quando os direitos individuais fundamentados por eles não correspondem a mais de um único sujeito jurídico”.⁸¹ (trad. da autora)

⁸¹ “ Es fácil argumentar en contra de la validez de principios absolutos en un ordenamiento jurídico que reconoce derechos fundamentales. Los principios pueden referirse a bienes colectivos o a derechos individuales. Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, hasta donde llegue el principio absoluto, no pueden haber derechos fundamentales. Cuando el principio absoluto se refiere a derechos individuales, su falta de limitación jurídica conduce a la conclusión de que, en caso de colisión, los derechos de todos los individuos fundamentados por el principio tienen que ceder frente al derecho de cada individuo fundamentado por el principio, lo que es contradictorio. Por lo tanto, vale el enunciado según el cual los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico”. ALEXY, p 106.

Mesmo não admitindo a existência de princípios absolutos dentro de um ordenamento jurídico, uma questão há de ser discutida: o princípio da dignidade da pessoa humana. Devido a importância do assunto, será tratado, a seguir, com o destaque que lhe é devido.

Uma terceira argumentação, diz respeito ao fato do conceito de princípio ser demasiado amplo e, portanto, inútil. Aqui, contrapõe-se o conceito de DWORKIN, segundo o qual **“princípios são somente aquelas normas que podem ser apresentadas como razões para direitos individuais”**⁸². Ora bem, não podemos excluir do âmbito dos princípios as normas que se referem a bens coletivos, tais como, saúde pública, educação, segurança social, sufrágio universal, etc. Como princípios, ordenam a criação ou manutenção de situações que os satisfaçam na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Esta situação está além dos critérios de validade ou satisfação dos direitos individuais⁸³.

3.6 O princípio da dignidade da pessoa humana e a lei da colisão

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana requer um estudo aprofundado no que diz respeito a todas as implicações que ele traduz, especialmente as de carácter axiológico. Contudo, o que nos interessa, no presente momento, é a questão de ele ser ou não considerado um princípio absoluto e,

⁸² ALEXY, p. 111. Dworkin chama as normas a que se referem a direitos individuais de *policies*. Idem.

⁸³ Seguimos a tese segundo a qual “os direitos individuais não são somente meios para alcançar os bens coletivos e que estes existem independentemente da existência daqueles”.

consequentemente, preceder a todos os demais princípios quando da aplicação da lei da colisão.

A primeira coisa a esclarecer, portanto, é se o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto. Esta não é uma questão de todo pacífica. O fato é que, como bem explicita a Constituição Brasileira (Artigo 1º, inciso III⁸⁴), a pessoa humana é fundamento e fim da sociedade e do Estado. Como norma constitucional que é, tem a excepcionalidade de ser tratada em parte como princípio e, em parte, como regra.

“ O caráter de regra da norma da dignidade da pessoa se mostra no fato de que nos casos em que esta norma é relevante não se pergunta se precede ou não a outras normas, mas apenas se é violada ou não”.⁸⁵ (trad. da autora)

Assevera ALEXY, tendo em conta as considerações do Tribunal Constitucional alemão, que há de se ponderar as circunstâncias sob as quais a dignidade da pessoa humana possa ser violada e que, para tanto, deve-se ter em conta o caso concreto, visto a impossibilidade de uma única resposta aplicável a todos os casos. A diferença pode ser traduzida da seguinte forma: enquanto regra, a dignidade da pessoa humana pode ou não ser lesionada; enquanto princípio, há uma relação de preferência.

⁸⁴ Textualmente: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...); III - a dignidade da pessoa humana.”

⁸⁵ “ El carácter de regla de la norma de la dignidade de la persona se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan sólo si es violada o no”. Alexy, p. 107.

“ A relação de preferência do princípio da dignidade da pessoa com respeito à princípios opostos decide sobre o conteúdo da regra da dignidade da pessoa”.⁸⁶ (trad. da autora)

O fato de o princípio da dignidade da pessoa humana preceder aos demais na quase totalidade das vezes não significa ser ele absoluto, mas apenas que não há razões jurídico-constitucionais para que assim não seja. Ademais, em se tratando de princípios, há sempre as *condições sob as quais* deve-se estabelecer uma relação de preferência, e o que não se pode desprezar, é o fato segundo o qual

“ no princípio da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança em que, sob estas condições, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos”.⁸⁷ (trad. da autora)

4 A Teoria dos Princípios e a Teoria dos Valores

Anteriormente, ao tratar das teorias dos direitos fundamentais (v. Cap. I, item 4), abordou-se a Teoria dos Valores. Abre-se este parágrafo para elucidar a idéia segundo a qual a teoria dos princípios pode ser entendida como uma variante da teoria dos valores.

De fato, princípios e valores são conceitos estreitamente vinculados entre si, nomeadamente, conforme cita ALEXY, sob duas vertentes:

⁸⁶ “ La relación de preferencia del principio de la dignidad de la persona con respecto a principios opuestos decide sobre el contenido de la regla de la dignidad de la persona”. Idem, p. 108.

⁸⁷ “ en el principio de la dignidade de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedencia en las cuales existe un alto grau de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos”. Idem, p. 106.

“Por um lado, da mesma maneira que se pode falar de uma colisão de princípios e de uma ponderação de princípios, pode-se falar de uma colisão de valores e de uma ponderação de valores; por outro, o cumprimento gradual dos princípios tem seu equivalente na realização gradual dos valores”.⁸⁸ (trad. da autora)

Contudo, mister insistir que, apesar de conexos, os dois modelos teóricos possuem diferenças de ordem prática, visíveis segundo conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos.

Os princípios, como mandatos de otimização que são, estão assentes no âmbito deontológico, do *dever ser*, isto é, que devem ser cumpridos o mais satisfatoriamente possível. Os valores, por sua vez, pertencem ao âmbito axiológico, do que *é bom*. Por isso, o que num modelo de teoria dos valores é *prima facie* o melhor (ou, definitivamente o melhor), num modelo de teoria dos princípios é *prima facie* devido (ou, definitivamente devido). Assim, e como no direito o que prevalece é o que é devido, fica assente um argumento em favor do modelo da teoria dos princípios.

Para além disto, a teoria dos valores recebe duras críticas em função da sua referência a existência de uma ordem hierárquica de valores⁸⁹ dentro da Constituição e a ponderação de valores. A invocação de uma ordem de valores permitiria justificar qualquer resultado: o discurso dos valores destroçaria a transparência da

⁸⁸ “ Por una parte, dela misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores”. Ibidem, p. 138.

⁸⁹ Para melhor apreciar como se estrutura uma ordem hierárquica de valores, ver ALEXY, p. 152-157.

decisão judicial. Contudo, o problema da ponderação de valores pode ser equacionado sob o prisma de uma teoria dos princípios, donde se teria, uma ponderação de princípios.

As objeções feitas contra o conceito de ponderação assinalam que este não constitui um método que permita um controle racional: a ponderação fica sujeita ao arbítrio de quem a realiza, posto que os valores e os princípios não regulam por si mesmos a sua aplicação.

Já foi anotado que as colisões de princípios podem ser solucionadas mediante o estabelecimento de uma relação condicionada de precedência. Sob o argumento em contra a ponderação, está que a determinação da preferênciã condicionada poderia ser realizada intuitivamente, seguindo as concepções subjetivas da pessoa que faz a ponderação, não constituindo, então, um procedimento racional. Ora bem, no momento de fundamentar o enunciado de preferênciã pode-se distinguir uma concepção subjetiva, psíquica, que não seja racional, mas apenas alimentada por uma concepção valorativa. No entanto, se um enunciado de preferênciã encontra-se racionalmente fundamentado, então a ponderação também é racional. Esta distinção permite referir o postulado da racionalidade à fundamentação do enunciado de preferênciã.

Para tanto, a fundamentação de um enunciado de preferênciã condicionado deve seguir os mesmos cânones de interpretação e argumentação da dogmática jurídica: pode utilizar-se de referências acerca da vontade do legislador, as consequências negativas de uma determinação alternativa de preferênciã, dos consensos dogmáticos e de decisões anteriores. Nesta medida, a fundamentação de

um enunciado de preferência condicionado não se diferencia da fundamentação de regras semânticas estabelecidas para dar maior precisão a conceitos vagos.

Todavia, além dos argumentos jurídicos gerais, pode-se apontar, para a fundamentação dos enunciados de preferência, alguns argumentos específicos, nomeadamente: *“quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”*. Esta regra constitui, portanto, a *lei da ponderação*⁹⁰, a qual, segundo afirma Alexy,

“ a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. Já na definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘relativo às possibilidades jurídicas’, aquilo que é ordenado pelo respectivo princípio foi posto em relação com aquilo que é ordenado por princípios opostos. A lei da ponderação diz em que consiste esta relação. Põe claramente que o peso dos princípios não é determinável em si mesmo ou absolutamente, mas apenas que sempre pode falar-se tão somente de pesos relativos”.⁹¹ (trad. da autora)

Dentro do conceito de uma teoria dos princípios, a ponderação não se trata de um tudo ou nada, mas sim de uma tarefa de otimização, e neste sentido o modelo de ponderação aqui defendido responde ao chamado princípio da concordância prática. Mas não só: os argumentos empíricos também se fazem valer da mesma forma que a argumentação jurídica geral. Na fundamentação dos enunciados sobre as intensidades de afetação e sobre a importância do cumprimento dos princípios

opostos se fazem valer plenamente argumentos empíricos que se referem as peculiaridades do objeto da decisão e a consequência das possíveis decisões. A lei da colisão mostra que as ponderações conduzem a dogmáticas diferenciadas dos distintos direitos fundamentais: em caso de colisão, há-de estabelecer-se uma relação de preferência condicionada.

Por fim, através da ponderação da jurisprudência e as propostas de ponderação da ciência dos direitos fundamentais surgem, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas adscritas a distintas posições de direitos fundamentais e que representam uma base importante e um objeto central da dogmática.

⁹⁰ Muito interessante é como ALEXY utiliza-se de uma ferramenta das ciências econômicas através de uma representação gráfica chamada “curva de indiferença” para explicar o funcionamento da lei da ponderação. ALEXY, p. 162-163.

⁹¹ “la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la clausula “relativo a las posibilidades jurídicas”, aquello que es ordenado por el respectivo principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente da manifesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”. Idem, p. 161.

CAPÍTULO III

OS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 Questões Prévias

Historicamente, já admitia-se a possibilidade de estabelecer limites aos direitos, não somente para possibilitar a coexistência entre eles, mas também para proteger as estruturas sociais e a ordem pública. Neste sentido, já constava na Declaração de Direitos de 1789, em seu artigo 4º, que:

“ o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos”.

Mais recentemente, temos a Declaração da ONU, em seu artigo 29.2;

“ no exercício de seus direitos e no disfrute de suas liberdades toda pessoa estará somente sujeita as limitações estabelecidas pela lei, com o único fim de assegurar o reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar geral de uma sociedade democrática”.

Numa perspectiva global, temos ordenamentos jurídicos nos quais é feita menção explícita a existência de limites aos direitos fundamentais. É, por exemplo, o caso da Lei Fundamental da Alemanha, que diz, textualmente:

“ Quando ao amparo da presente Lei Fundamental seja restringido um direitos fundamental por uma lei determinada ou em virtude do disposto nela, dita lei deverá aplicar-se com caráter geral e não somente para um caso particular e deverá especificar, ademais, o direito em questão indicando o artigo correspondente. Em nenhum caso poderá afetar o conteúdo essencial de um direito fundamental”.

Igualmente, a Constituição portuguesa consagra a possibilidade de restringir direitos, conforme o texto do Artigo 18, 2 e 3, *in verbis*:

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

“ 3. A lei restritiva de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Em que pese a Constituição espanhola ser posterior as já mencionadas, e ter nelas se inspirado, não tem a mesma claridade e explicitação daquelas. Porém, na leitura do seu texto, têm-se como resultado final uma gama de possibilidades de estabelecer por via legislativa limites aos direitos fundamentais e introduzir uma margem maior de indeterminação.

O constitucionalismo italiano, por sua vez, na falta de menção explícita no texto constitucional não há impedido o emprego da noção de limites pela doutrina e por uma jurisprudência constitucional constante que se inicia com a sentença 1/1956, em que afirma que

“ o conceito de limite é inerente ao conceito de direito e que, no conjunto do sistema jurídico, as diferentes situações de direito devem necessariamente limitar-se reciprocamente, de forma que possam coexistir em uma comunidade civil bem ordenada”.

” (trad. da autora)

⁹² “ el concepto de limites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del sistema juridico, las diferentes situaciones de derecho deben necesariamente limitarse reciprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada”. LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los Derechos Fundamentales. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nun. 14, enero-abril 1993, p.14

Pode-se afirmar, com toda a tranquilidade que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições: se assim é nas sociedades democráticas, não há o que dizer das sociedades sob regime ditatoriais.

Contudo, esta tranquilidade só é assumida na afirmação acima, pois, como veremos, a problemática da restrição de direitos é uma das mais complexas do direito constitucional.

Outra questão relevante é saber porque os direitos fundamentais são passíveis de serem restringidos. Juan Jose ECHEVARRIA assinala as seguintes causas:

“ Em primeiro lugar, do carácter universal ou geral dos direitos fundamentais, cujo disfrute simultaneo é impossível sem a ordenação, de indubitável alcance restritivo, de seu exercício. A titularidade universal dos direitos fundamentais implica já, evidentemente, uma primeira limitação dos mesmos, na medida em que tais direitos reconhecidos a todos hão de poder ser exercidos simultaneamente também por todos”.

“ A limitação dos direitos fundamentais pode derivar-se, em segundo lugar, da necessária coexistencia dos mesmos entre si ou com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, pois, como veremos, os conflitos que surjam entre eles não se resolverão simplesmente com a afirmação da prevalência incondicionada ou absoluta de algum sobre os demais, mas com a afirmação da vig~encia debilitada de todos”.⁹³

⁹³ “ En primer lugar, del carácter universal o general de los derechos fundamentales, cuyo disfrute simultaneo es imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo, de su ejercicio. La titularidad universal de los derechos fundamentales implica ya, evidentemente, una primera limitación de los mismos, en la medida en que tales derechos reconocidos a todos han de poder ser ejercido simultaneamente también por todos. La limitación de los derechos fundamentales puede derivarse, en segundo lugar, de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues, como veremos, los conflictos que surjan entre ellos no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino con la afirmación de la vigencia debilitada de todos”. ECHEVARRIA, Juan Jose Solozabal. La Teoria de los Derechos Fundamentales. In: Revista De Estudios Políticos (Nueva Epoca), nun. 71, enero-marzo 1991, p. 98.

2 Conceito de restrição de direitos fundamentais

Primeiramente, qual o sentido que se toma quando se fala em restrições de direitos fundamentais? Segundo afirma ALEXY, na teoria dos direitos fundamentais podemos identificar duas teorias que tratam do sentido em que se pode compreender as restrições dos direitos fundamentais: a teoria externa e a interna.

Para a teoria externa, há duas coisas distintas: uma, o direito em si (que não está restringido), e a outra, quando lhe é acrescentado uma restrição (o direito restringido). Por isso, refuta a idéia de que entre os conceitos de direito e restrição haja qualquer conexão, e que a única possível relação entre estes conceitos dá-se por um fator externo de necessidade em compatibilizar os demais direitos, quer sejam os direitos individuais entre si, quer sejam estes com os bens coletivos.

A teoria interna, cuja formulação encontramos em Friedrich Flein, afirma que, por impossibilidade lógica, os direitos fundamentais não podem ser formulados e, então, restringidos. Por sua vez, não admite que os conceitos de direito e restrição possam ser desvinculados. Há uma única hipótese: o direito com um determinado conteúdo. De acordo com a presente teoria,

“ o conceito de restrição é substituído pelo de limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas acerca de se o direito deve ou não deve ser limitado mas acerca de qual é seu conteúdo. Quando se fala de ‘limites’ em lugar de ‘restrições’,

fala-se de ‘restrições imanentes’”.⁹⁴ (trad. da autora)

Pode-se, ainda, explicitar as duas teorias quando colocadas frente ao fato de considerar as normas de direitos fundamental como regras ou princípios e as posições de direito fundamental como posições definitivas ou *prima facie*. Se pressupõe-se tratar de posições definitivas, está-se perante a teoria interna; quando trata-se de posições *prima facie*, então é a teoria externa.

Por isso, Alexy sustenta que não é possível falar de restrições de direito fundamental no sentido da teoria interna, pois se partir de posições definitivas, ou seja, de normas que ordenam ou proíbem determinada ação, não há direito fundamental restringido, mas sim violado. Como fora visto anteriormente, as posições definitivas ou são cumprida tal como está disposto, ou então está-se a violar a norma de direito fundamental, não cabendo, portanto, a admissibilidade de limitá-la.

Ao contrário, a teoria externa considera que o que se pode restringir não são as posições definitivas, mas as *prima facie*. E, considerando este ser o sentido em que se deve compreender as restrições de direitos fundamentais, Alexy assim conceitua:

“ Restringíveis são bens jusfundamentais protegidos (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e posições prima facie concedidas por princípios de direito fundamental”.

⁹⁴ “ el concepto de restricción es sustituido por el de limite. Las dudas acerca de lo límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no debe ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de ‘limites’ en lugar de ‘restricciones’, se habla de ‘restricciones inmanentes’”. ALEXY, p. 126.

“ (...) as restrições de direitos fundamentais são normas que restringem posições jusfundamentais prima facie”.⁹⁵ (trad pela autora)

Do conceito acima depreende-se que somente normas de direito constitucional é que podem restringir normas de direito fundamental; as demais, ou seja, hierarquicamente inferiores, podem ter o caráter de intervenção, mas jamais serão normas de restrição.

Como normas constitucionais, a etapa seguinte constitui em identificar o tipo de norma que podem ser. Especial importância tem a distinção entre *normas de competência e normas de mandato ou proibição*. Estas, são dirigidas aos cidadãos; aquelas, ao Estado.

As normas de competência são de grande relevância no sentido em que constituem uma reserva legal: uma autorização, estabelecida pela própria Constituição, para Estado impor restrições de direito fundamental. Há de distinguir, porém, entre as normas que atribuem competências de imposição de normas diretamente constitucionais e fundamentadas pelas reservas legais de direito fundamental, e as normas que atribuem competências para a imposição de normas indiretamente constitucionais. Estas, não constituem, por si só, nenhuma restrição, mas apenas fundamentam a restringibilidade, a possibilidade jurídica, dos direitos fundamentais. Sobre o assunto, dispor-se-á a seguir pormenorizadamente.

⁹⁵ “ Restringibles son bienes iusfundamentales protegidos (libertades/situaciones/posiciones de derecho ordinario) y posiciones prima facie concedidas por principios iusfundamentales. (...) las restricciones de derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales prima facie”. Idem, p. 272.

3 Normas restritivas de direito fundamental

As restrições de direito fundamental não estão dispostas ordenadamente, sistematicamente, nas Constituições; pelo contrário, encontram-se dispersas nos textos constitucionais. Assim, para identificar uma restrição, ou seja, uma norma restritiva, é necessário desenvolver “*um procedimento metódico destinado a iluminar as seguintes interrogações*”:

“ (1) Trata-se de efectiva restrição do âmbito de protecção de norma garantidora de um direito, liberdade ou garantia ?

“ (2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?

“ (3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos ?

“ (4) A lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela Constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstracção, não retroactividade, garantia do núcleo essencial) ?”⁹⁶

Ainda, segundo afirma Canotilho, das respostas a estas indagações é que se pode determinar o âmbito de protecção do direito a ser restringido, averiguar a finalidade, tipo e natureza da restrição e, por fim, observar se a lei restritiva obedece os limites impostos pela Constituição.

3.1 Âmbito de proteção ou pressuposto de fato de direito fundamental (*Tatbestand*)⁹⁷

Determinar o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental é o primeiro passo, e, quiçá, o mais importante na tarefa metódica de identificação de uma restrição de direitos fundamentais. Como afirma CANOTILHO, “ só se deve falar de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos”⁹⁸.

O âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental constitui em

“determinar quais os bens jurídicos protegidos ” e a extensão dessa proteção, e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição (restrição constitucional expressa) ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção (reserva de lei restritiva)”¹⁰⁰.

⁹⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra:Almedina, 1996, p. 602. Saliencia-se, contudo, que o referido procedimento metódico está de acordo com o texto da Constituição portuguesa que expressamente dispõe:

“Art. 18 (...)

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

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁹⁷ Encontra-se na literatura várias designações diferentes, tais como: “âmbito de proteção”, “domínio normativo”, “pressupostos de fato de direito fundamental”.

⁹⁸ CANOTILHO, p. 602.

⁹⁹ Por *bem jurídico protegido, ou constitucionalmente protegido*, entende-se as ações, propriedades ou situações e posições de direito constitucional que não devem ser impedidas, afetadas ou eliminadas, por serem consideradas valiosas e dignas de especial reconhecimento e proteção constitucional, como a “saúde pública”, “educação”, “defesa nacional e das instituições democráticas”, “família”, etc. De qualquer forma, é ainda um conceito vago e suscetível de abusos em sua interpretação. V. ALEXY, p. 294 e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Os Fundamentos da Constituição, p. 136.

¹⁰⁰ CANOTILHO, p.602.

Âmbito de proteção ou pressuposto de fato (*tatbestand*) referem-se àquilo que é concedido *prima facie* pelas normas de direito fundamental, ou seja, sem tomar em conta a existência de qualquer restrição. A doutrina acolhe duas teorias acerca do pressuposto de fato: a teoria ampla e a teoria restrita.

“ Tatbestand em sentido amplo englobará todas as condições necessárias para a produção de um resultado jurídico definitivo no âmbito de um direito fundamental. Em sentido restrito o Tatbestand refere-se àquilo que é garantido *prima facie*, pela normas de direitos fundamentais, independentemente da existência de quaisquer limites (cláusula de limites)”.¹⁰¹

A necessidade de perceber o alcance destes conceitos está em poder diferenciar quando um direito fundamental encontra-se restringido e quando determinado comportamento está sendo exigido para a garantia de um direito fundamental. Dependendo do caso, as soluções são diferentes: toda limitação de um direito fundamental deve ser justificada, ao passo que uma conduta pertencente ao âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental é parte do próprio direito fundamental e, portanto, não poderá ser limitada ou justificada.

3.2 Tipos de restrições de direitos fundamentais

Classificar uma determinada categoria implica em fazer uma opção acerca dos fins que se pretende com tal classificação. No fundo, é uma escolha arbitrária.

¹⁰¹ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional de Conflitos e Proteção de Direitos Fundamentais. In: Revista de Legislação e Jurisprudência, n. 3.815, ano 1992-1993, Coimbra Editora, cit. p. 38.

No que diz respeito às restrições de direitos fundamentais, torna-se tão ou mais complicado face a ausência de uma sistemática satisfatória, que se deve, em especial, ao fato de, até agora, se ter renunciado a uma fundamentação teórico-estrutural da teoria das restrições de direitos fundamentais.

Portanto, a classificação que se fará é referente aos diferentes tipos prováveis de restrições no âmbito do direito constitucional positivo¹⁰².

A) Restrições diretamente constitucionais

Os direitos fundamentais, enquanto normas constitucionais, só podem ser restringidos por normas de direito constitucional, estando, então, positivadas pelas próprias normas constitucionais consagradoras de direitos.

É importante, contudo, estabelecer a diferença entre *restrição e cláusula restritiva*: aquela corresponde a perspectiva do direito; esta, a da norma. Uma cláusula restritiva é a parte da norma completa de direito fundamental que diz como está restringido ou pode ser restringido o que o suposto de fato de direito fundamental garante *prima facie*.

Há normas constitucionais que, ao consagrar um direito fundamental, imediatamente limitam o seu âmbito de proteção. Nestas, não é tarefa fácil distinguir se se trata de uma cláusula restritiva ou de uma parte do suposto de fato de direito fundamental, como, por exemplo, o inciso XVI do Art. 5º da Constituição Brasileira:

**“ XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas (...);
(grifou-se)**

Muito difundida está, segundo ALEXY, a concepção segunda a qual

“este tipo de cláusulas no se trata de restricciones de derechos fundamentales sino de descripciones directamente constitucionales del alcance concreto de la garantía de una disposición iusfundamental”.¹⁰³

Ou seja, onde lê-se “pacificamente, sem armas”, é, por um lado, a condição sob a qual é garantido o direito de reunião e, portanto, não é uma restrição mas uma parte do suposto de fato de direito fundamental. Contudo, por outro lado, a não pacifividade e a existência de armas implica a exclusão do direito fundamental, a garantia do direito de reunião, implicando, então, uma restrição.

Primordial é a questão de não se aceitar a tese segundo a qual todas as restrições impostas pelo legislador constituinte não são restrições mas *perífrases* do que está garantido na norma. Neste sentido, então, não haveriam restrições diretamente constitucionais. Por isso, tais cláusulas (pacificamente, sem armas) devem ser consideradas formulações de restrições de direitos fundamentais definitivas diretamente constitucionais.

B) Restrições indiretamente constitucionais ou reserva da lei restritiva

¹⁰² O direito constitucional positivo a que se refere é, preferencialmente, o da Constituição Brasileira, podendo aplicar-se de igual modo ao direito constitucional português, alemão e espanhol dado a verossimilhança entre eles no que diz respeito às normas constitucionais restritivas.

¹⁰³ ALEXY, p. 278.

As restrições indiretamente constitucionais (ou reserva da lei restritiva) são aquelas em cuja disposição de direito fundamental não são descritas explicitamente quais as restrições a serem estabelecidas na Constituição, mas autorizam, expressamente, o legislador a intervir, restringir ou limitar os direitos, *prima facie*, nelas garantidos. Daí que, também são conhecidas por reserva de lei restritiva, ou melhor, cláusula de reserva que fundamentam a competência para a imposição de restrições: uma autorização constitucional ao legislador para estabelecer restrições de direito fundamental através de lei. Isto quer dizer que a norma constitucional é, simultaneamente:

“(1) uma norma de garantia, porque reconhece e garante um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental;

(2) uma norma de autorização de restrições, porque autoriza o legislador a estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido”¹⁰⁴.

Na Constituição Brasileira encontramos várias disposições de direito fundamental com essa autorização de reserva de lei restritiva, como nos seguintes exemplos:

“Art.5º.(...)

XII – é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

¹⁰⁴ CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 605.

“ Art. 170.(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Denota-se dos exemplos que as garantias estabelecidas nas normas estão limitadas pela legislação inferior, as quais, por sua vez, também possuem uma limitação. Assim, no primeiro caso, a lei só poderá referir-se a investigação criminal ou instrução penal. Trata-se do caráter restritivo das restrições, sobre o qual abordar-se-á posteriormente.

C) Limites imanes¹⁰⁵ ou limites constitucionais não escritos

A questão acerca dos limites imanes é das mais problemáticas, tendo em vista serem limites que não estão explícitos nas normas de direito fundamental, nem há qualquer remissão constitucional que permita a elaboração de lei restritiva. Sua existência está latente e encontra justificação em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionais. Pretende-se através da teoria dos limites imanes

¹⁰⁵ Deve-se prevenir que alguns autores, nomeadamente VIEIRA DE ANDRADE, conferem uma diferente aceção ao termo “limites imanes”. Para este autor,

“ Um as vezes, a limitação do direito atinge o seu próprio âmbito de proteção constitucional, de tal maneira que exclui em termos absolutos certas formas ou modos do seu exercício – fala-se então de limites imanes.”

“ Pode-se falar aqui de limites, no sentido de limitações, porque a proteção constitucional não abrange todas as situações, formas ou modos de exercício pensáveis para cada um dos direitos (como aconteceria se a Constituição concedesse os direitos aos indivíduos para que deles fizessem uso como bem entendessem).”

“ São limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do objeto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (a imprensa, o domicílio, a fé, a família, a propriedade, a profissão).” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra:Almedina, 1987, p. 215.

fazer frente a tudo que possa ser qualificado como exercício arbitrário dos direitos e liberdades. Sua finalidade, então, torna-se óbvia:

“ dado que nem sempre se cabe contar com uma habilitação constitucional expressa para limitar os direitos, porque alguns se reconhecem sem reserva de limitação, a limitação não pode fundamentar-se mais que na tese de que os limites são imanentes ao próprio reconhecimento do direito, de todos os direitos, de forma que também quando se reconhecem sem reserva de limitação específica podem ser limitados pelo legislador”.¹⁰⁶ (trad. da autora)

A determinação dos limites imanentes resulta do processo metódico de ponderação, tendo em consideração que: a) entre as normas constitucionais não há hierarquia; b) não se pode ponderar quando alguns dos bens ou direitos em questão não são constitucionais. Assim, tem-se o exemplo do Art. 9º da Constituição Brasileira, que ao assegurar o direito de greve dos trabalhadores não impôs-lhe (ao direito em si) qualquer restrição no que diz respeito à sua oportunidade ou os direitos que através da greve se pretende defender. Contudo, está patente a sua limitação quando depara-se com outros bens constitucionalmente protegidos, como, por exemplo, a saúde pública. Em outras palavras, a greve dos servidores da saúde pública está *prima facie* garantido pelo Art. 9 , mas encontra-se restringida a sua plenitude face a necessidade de garantir os serviços essenciais para salvaguarda das

¹⁰⁶ “dado que no siempre se cabe contar con una habilitación constitucional expressa para limitar los derechos, porque algunos se reconocen sin reserva de limitación, la limitación no puede fundamentarse más que en la tesis de que los límites son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho, de todos los derechos, de forma que también cuando se reconocen sin reserva de limitación específica pueden ser limitados por el legislador”. OTTO Y PARDO, Ignacio, Los llamados límites inmanentes. In: OTTO Y PARDO, Ignacio y MARTIN-RETOTILLO, Lorenzo. Derechos Fundamentales y Constitución. Cit. p.110.

necessidades inadiáveis da comunidade¹⁰⁷.

Por último, cabe assinalar que o perigo dos “limites imanente” está na sua utilização, no processo de argumentação, para imposição de restrições fora do contexto constitucional. Por isso, ao considerá-lo deve-se ter em conta os princípios inerentes ao caráter restritivo das restrições, nomeadamente ao princípio da proporcionalidade¹⁰⁸.

4 Direito Constitucional de Conflitos

4.1 Conflito ou Colisão de direitos

Pode-se constatar facilmente que a problemática da restrição dos direitos constitucionais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais: é uma situação de conflito entre direitos de diferentes titulares de direitos fundamentais.

Como já foi visto, os direitos fundamentais, apesar de sua imprescindibilidade, não são direitos absolutos, pois todos se encontram em relação próxima entre si e com outros bens constitucionalmente protegidos com os quais, potencialmente, entram em conflito. Tal conflito deve-se, entretanto, a alguns fatores, nomeadamente, a condição limitada e integrada de todos os direitos fundamentais, partindo da concepção básica de que *“a liberdade de cada um termina onde começa a dos demais”*. Contudo, o conflito entre os direitos

¹⁰⁷ Aqui, poderia pensar-se estar tratando de restrições indiretamente constitucionais, face a previsão de legislação para definir “serviços essenciais”. Contudo, deve-se notar que a Constituição não autoriza uma restrição. Esta encontra-se tão implícita que a Constituição só manda definir os serviços essenciais, sem fazer qualquer referência ao seu caráter restritivo.

¹⁰⁸ V. item 6.1.

fundamentais não podem resolver-se pela simples aceitação de que uns direitos valem mais ou são superiores a outros, pelo simples fato de que a ordem ou sistema de valores constitucionais não se encontram hierarquizados axiológicamente. Por isso, a resolução de conflitos entre os direitos constitucionais hão de ser estabelecidos em cada caso, como consequência de uma ponderação, onde se pode dispor sobre a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, sob determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, sem negar, sobretudo, a existência daquele direito que não prevaleceu e procurando, na medida do possível, a sua igual proteção.

Contudo, o conflito não há de ser necessariamente entre dois direitos fundamentais: pode haver conflito, ou colisão, entre um direito fundamental e um bem constitucionalmente protegido. Assim, destacam-se duas formas, em especial, de conflito:

“ (a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (conflito de direitos em sentido estrito);

“(b) com a defesa e proteção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente protegidos (conflito entre direitos e outros bens constitucionais)”¹⁰⁹.

4.2 Solução de conflitos de direitos fundamentais

Como já fora dito anteriormente, em especial ao se tratar da colisão de princípios e do conflito de regras, os casos de colisão de direitos fundamentais não

¹⁰⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREITA, Os Fundamentos da Constituição, p. 135.

encontram solução num modelo único e apropriado, como uma “fórmula mágica”, no qual para o conflito x tem-se a solução y. Muito menos, pode-se aceitar que exista uma solução numa concepção segundo a qual os valores constitucionais se encontram hierarquizados axiologicamente, ou seja, que uns direitos seriam mais valiosos que outros e, por isso, devem prevalecer. Quando assim o fosse, a solução seria fácil. Porém, já não se pode aceitar tal concepção nos tempos atuais: é hoje reconhecido que não existe uma ordem de valores no catálogo de direitos fundamentais. No capítulo anterior, acerca da colisão de princípios, ficou claro que não havia uma ordem de valores, mas uma questão de, quando sob certas circunstâncias fáticas e jurídicas, um princípio precede ao outro.

Um outro critério, que poderia ser utilizado, para a solução de conflitos de direitos fundamentais é aquele segundo o qual

“ sempre que haja um conflito entre direitos fundamentais, no qual um dos direitos está dependente de lei conformadora/restritiva e o outro é um direito sem reserva de lei restritiva, deve-se dar preferência a este último”.¹⁰

Tal método pode ser falível na medida em que pressupõe que o direito não sujeito a lei restritiva está livre de qualquer restrição, o que, como já é sabido, não é verdadeiro.

Quando a colisão de direitos é entre um direito fundamental e um bem constitucionalmente protegido, deve-se saber se este bem é adequado para desempenhar a função de limitador perante determinados direitos.

O processo metódico para solucionar tais conflitos, quer entre direitos fundamentais, quer entre estes e bens constitucionalmente protegidos, deve iniciar com as tarefas acima descritas de identificação de uma restrição de direitos fundamentais, quais sejam: determinar o âmbito de proteção dos direitos e verificar da existência de uma reserva de lei restritiva. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA apontam algumas soluções para a concordância prática entre direitos e entre estes e outros bens:

“ As soluções concretas e os instrumentos metódicos a utilizar dependem essencialmente da natureza dos direitos e bens em conflito, pois:

se se trata de conflito entre dois ‘direitos, liberdades e garantias’ cuja restrição através da lei (e portanto a solução legislativa do conflito) não é constitucionalmente autorizada, o intérprete ou concretizador da Constituição deve limitar-se a uma tarefa de concordância prática que sacrifique no mínimo necessário ambos os direitos, não podendo privilegiar um direito a favor do outro;

se se trata de um conflito entre dois ‘direitos, liberdades e garantias’ mas em que um está sujeito a reserva de lei restritiva e outro não, deve a lei assegurar uma eficácia óptima do direito não restringível e limitar o direito sujeito a reserva de lei restritiva, mas com observância estrita do princípio da proporcionalidade;

se o conflito se estabelece entre dois ‘direitos, liberdades e garantias, sujeitos a reserva de lei restritiva, o legislador pode fazer ingerências ou limitar o exercício dos dois direitos na medida necessária, estabelecendo de forma proporcionada, a concordância prática entre ambos;

em caso de conflito entre ‘direitos, liberdades e garantias’ não sujeitos a reserva de lei restritiva com outros direitos fundamentais (ex. Direitos econômicos, sociais e culturais) ou

¹¹⁰ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional de Conflitos e Proteção dos direitos Fundamentais, p. 294.

com outros bens constitucionalmente protegidos (defesa, saúde), devem prevalecer aqueles;

se o conflito surge entre ‘direitos liberdades e garantias’ sujeitos a reserva de lei restritiva e outros bens ou direitos, há ainda a prevalência dos primeiros, mas a lei pode introduzir restrições, de forma a salvaguardar a existência dos direitos ou bens com os quais eles estão em conflito”.¹¹¹

As soluções apontadas visam a não aniquilação, na medida do possível, do direito não prevalente, mas principalmente a concordância prática entre os direito em conflito, através do processo metódico de ponderação, com a devida utilização da relação de precedência e lei de colisão já referidos no capítulo anterior (item 4.2 – Colisão de Princípios). Mesmo assim, há de sempre ter em conta uma certa prevalência das normas de direito fundamental (nomeadamente, no caso brasileiro, as inseridas no art. 5 da Constituição), as quais devem ser interpretadas como mandatos de otimização e realizadas na melhor medida do possível tendo em vista as situações fáticas e jurídicas pertinentes a cada caso.

Os processos metódicos de ponderação/relação de precedência podem ser efetuados nas duas hipóteses possíveis: no âmbito legislativo e, na solução do caso concreto, no judiciário.

4.3 Concurso ou concorrência de direitos fundamentais

Uma outra situação relevante e que poderia criar alguma confusão, pela similaridade, com os conflitos de direitos fundamentais, é o concurso ou concorrência de direitos fundamentais. Em linhas gerais, existe um concurso de

¹¹¹ GOMES CANOTILHO e MOREIRA, p. 137.

direitos fundamentais quando determinado comportamento de um certo titular reconduz ou pode reconduzir ao pressuposto de fato (*tatbestand*) de dois ou mais direitos fundamentais. Em outras palavras, várias normas de direitos fundamentais convergem para um só e mesmo titular. Por exemplo:

“ um sacerdote profere um sermão em que ataca outras religiões, suscitando o problema de saber se o ‘direito ao sermão’ se insere no âmbito de proteção do direito ou liberdade de crença, no âmbito da liberdade de expressão ou no âmbito da liberdade de profissão”.

Esta questão envolve, contudo, o problema segundo o qual os vários direitos nela concorrentes estão sujeitos a diferentes restrições. Em outras palavras, se o “direito ao sermão” abrigar-se no âmbito de proteção da liberdade de expressão poderá obter uma restrição diferente se inserido no âmbito de proteção da liberdade de profissão, por exemplo.

5 Limites aos limites dos direitos fundamentais)

Assim como as normas de direitos fundamentais encontram-se limitadas, quer seja pelas próprias, quer por lei inferior, as próprias limitações também não são ilimitadas. Ora, uma limitação não pode, e não deve, ter um alcance tal que desvirtua o conteúdo do próprio direito fundamental: uma permissão, por mais limitada que seja, não poderá transformar-se numa proibição por força das normas limitativas. Tal situação configuraria uma verdadeira revogação da norma de direito fundamental.

Com a expressão “limites dos limites” se conhece o conjunto de institutos que, enquanto requisitos formais ou materiais para as leis restritivas de direitos e liberdades operam de forma a limitar a capacidade limitadora do legislador em dita matéria. Segundo Gomes Canotilho,

“ Estes requisitos podem estar contidos em regras ou em princípios da Constituição. Os requisitos formais actuam como uma ‘zona de proteção formal’ (exigência de lei da AR ou de decreto-lei autorizado, exigência de expressa autorização restritiva contida na Constituição); os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípio da proporcionalidade, princípio da generalidade e abstração, princípio da não-retroactividade, princípio da salvaguarda do conteúdo essencial)”.¹¹²

Em contrapartida, fora visto nas situações de conflitos de direitos fundamentais que, mesmo quando um direito prevalece ao outro, o direito preterido não pode ser de todo ignorado, pelo contrário, deve ser satisfeito o máximo possível, tendo em conta as possibilidades que lhes são impostas. Esta necessidade de garantir, ao máximo, um direito preterido impõe, desde logo, um limite a sua restrição.

¹¹² GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 611.

5.1 Garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Constitui o princípio da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais uma limitação imposta aos legisladores ao regularem os direitos fundamentais, quer seja através de normas conformadoras¹¹³ ou restritivas.

Para perfilar a natureza deste limite, a doutrina tem duas explicações, ou teorias: a teoria relativa e a teoria absoluta.

A teoria relativa parte da constatação de que toda restrição de direitos fundamentais exige uma justificação, a qual pode encontrar apoio explícito na norma constitucional, ou implicitamente quando visa a necessidade de proteger ou preservar não apenas outros direitos constitucionais, como também outros bens constitucionalmente protegidos. Assim, para a teoria relativa, o núcleo essencial coincide precisamente com esta exigência de justificação.

Para a teoria relativa, portanto, não existe qualquer elemento permanente identificável com o núcleo essencial do direito; tal e como resume GAVARA,

“ As teorias relativas consideram, e é sua diferença substancial com as teorias absolutas, que o conteúdo essencial não é uma medida préestabelecida e fixa, já que não é elemento estável nem uma parte autônoma do direito fundamental”.¹¹⁴ (trad. da autora)

¹¹³ Por normas conformadoras entende-se as normas infraconstitucionais que visam complementar, precisar, concretizar ou definir o conteúdo de proteção de um direito fundamental e que são necessárias para o exercício do próprio direito fundamental. Sobre o assunto, v. EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de Direitos*, pp. 72 e ss., e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 633.

¹¹⁴ “ Las teorias relativas consideram, y es su diferencia sustancial con las teorias absolutas, que el contenido esencial no es una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental”. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 331.

O que se pode indicar na noção de núcleo essencial é somente aquilo que, na hora de avaliar a constitucionalidade de um limite legislativo aos direitos fundamentais, o intérprete realize em juízo acerca da justificação de tal limite ou intromissão no direito fundamental, sendo, portanto, *“aquillo que queda despues de una ponderación”*, como afirma ALEXY¹¹⁵, ou seja, é um resultado de um processo de ponderação. Este juízo está sustentado sob a bases do “princípio da proporcionalidade em sentido amplo”, o qual, segundo GOMES CANOTILHO, *“constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”*¹¹⁶, e possui três elementos:

- a) o exame da **adequação** da medida limitadora ao bem que mediante ela se pretende proteger;
- b) o exame da **necessidade** da lesão do direito ao fim pretendido, por existir uma alternativa menos gravosa;
- c) o denominado **“princípio da proporcionalidade em sentido estrito”** (justa medida), que trata de valorar se a lesão é proporcional ao fim que com ela se pretende.

Em resumo, o limite é constitucionalmente correto quando se justifica razoavelmente, com base nos elementos acima transcritos, na necessidade de preservar outros bens constitucionalmente protegidos. Quando esta justificação não existe, o limite torna-se inconstitucional. Contudo, a presente teoria sofre duras críticas, em especial, pelas seguinte razão: a aceitação desta teoria implica, em

¹¹⁵ ALEXY, p. 288.

última análise, na relativização da posição constitucional dos direitos fundamentais, ao afirmar que todo direito pode ver-se limitado com amparo em outros bens constitucionalmente protegidos, requerendo, para tanto, somente a proporcionalidade da medida limitadora em relação com os objetivos perseguidos por ela, pondo, desta forma, o direito afetado em segundo plano.

Em contrapartida, o que caracteriza a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais, é a concepção segundo a qual existe um núcleo permanente em cada direito que, em caso algum, pode ser afetado.

“ As teorias absolutas vêm no núcleo essencial um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado (...). O núcleo essencial é uma posição subjetiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto”.¹¹⁷

As teses acerca da teoria absoluta distinguem em cada direito duas partes: um núcleo, que seria o núcleo essencial, e uma parte acessória não essencial. Quanto a este núcleo essencial, afirma o constitucionalista espanhol Luciano PAREJO:

“ conteúdo essencial não pode ser equivalente a mero conteúdo dos direitos subjetivos públicos. A diferença entre ambos radica precisamente na ‘essencialidade’: somente aquela parte dos elementos integrantes do conteúdo que sejam absolutamente indispensáveis para o reconhecimento jurídico do direito enquanto tal... pode considerar-se constitutiva do conteúdo essencial”.¹¹⁸ (trad. da autora)

¹¹⁶ GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 617. O referido autor denomina como “princípio da proibição de excesso”.

¹¹⁷ CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 618.

¹¹⁸ “ contenido esencial no puede ser equivalente a mero contenido de los derechos subjetivos públicos. La diferencia entre ambos radica precisamente en la ‘esencialidad’: sólo aquella parte de los

Pode-se afirmar que se encontra na teoria absoluta uma descrição espacial do núcleo dos direitos fundamentais, dentro do qual não pode existir qualquer possibilidade de interferência estatal, nomeadamente, através do poder de legislar. Fora deste núcleo, ou seja, na parte acessória do direito (ou da norma), encontra-se, portanto, a possibilidade de restringir o direito fundamental. A questão cinge-se, assim, em delimitar a zona espacial do núcleo essencial, que não pode ser limitado, da zona espacial da parte acessória, a qual é passível de ser restringida.

Numa primeira opinião, poderia dizer-se que a teoria absoluta reforça a proteção dos direitos fundamentais ao apontar para a existência de um núcleo essencial dos direitos que são inatingíveis. Contudo, ao aprofundar a questão, aponta-se para a outra parte do direito, a não essencial, que está a livre disposição do legislador para interfeirir, correndo o risco de tornar a relativizar a posição fundamental dos direitos fundamentais, isto porque, como já se afirmou, a parte nuclear não é de fácil determinação. Neste ponto, retorna-se ao mesmo problema acima suscitado pela teoria relativa (a respeito da confrontação com outros bens constitucionalmente protegidos), com a diferença que na teoria absoluta há um núcleo essencial que não poderá ser atingido pelo princípio da proporcionalidade.

Ainda, deve-se colocar um outro problema relacionado a teoria absoluta: a divisão em duas partes do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (a parte

elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal... puede considerarse constitutiva del contenido esencial". PAREJO, Luciano. "El Contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito da Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981". In: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 3 (1981), p. 187.

nuclear e a parte acessória). Tal divisão é apontada como superficial e tecnicamente insustentável, posto que obriga a delimitar em cada direito as referidas partes, e que, como afirma GAVARA,

“ induz à curiosa conclusão segundo a qual, no âmbito dos direitos fundamentais, o parâmetro para o controle de constitucionalidade das disposições legislativas constituem apenas uma parte da norma constitucional na qual se reconhece o direito, e não a totalidade desta”.¹¹⁹ (trad. da autora)

Konrad Hesse sustenta, por sua vez, uma tese intermediária entre a teoria absoluta e a teoria relativa:

“ Com efeito, a proibição de limitações arbitrárias ou desproporcionadas, que seria o significado da cláusula do conteúdo essencial segundo a teoria relativa, operaria também para este autor uma proteção absoluta do núcleo essencial do direito fundamental, desde o pressuposto de que o juízo de proporcionalidade não pode entender-se no sentido meramente econômico, como adequação da medida limitadora ao que com ele se persegue, mas que há de contemplar assim mesmo a harmonização desse fim com o direito que está afetado pela medida”.¹²⁰ (trad. da autora)

Em outras palavras, pode-se alcançar um entendimento que une as duas teorias, tendo em vista não serem radicalmente diferentes, pois, com certeza, não

¹¹⁹ “ induce a la curiosa conclusión según la qual, en el ámbito de los derechos fundamentales, el parámetro para el control de constitucionalidad de las disposiciones legislativas lo constituye tan sólo una parte de la norma constitucional en la que se reconoce el derecho, y no la totalidad de ésta”. GAVARA, p. 271-272.

¹²⁰ “ En efecto, la prohibición de limitaciones arbitrarias o desproporcionadas, que sería el significado de la cláusula del contenido esencial según la teoría relativa, operaría también para este autor una protección absoluta del núcleo esencial del derecho fundamental, desde el supuesto de que el juicio de proporcionalidad no puede entenderse en el sentido meramente económico, como adecuación de la medida limitadora al fin que con ella se persigue, sino que ha de contemplar asimismo la armonización de ese fin con el derecho que se ve afectado por la medida”. Apud MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 24.

estabelecem soluções opostas, antes pelo contrário: visam proteger o núcleo essencial do direito fundamental, apenas divergindo quanto a sua extensão. De qualquer forma, ambas caminham em direção à observância máxima do princípio da proporcionalidade, proibindo que na solução de conflitos o encarregado da concretização constitucional (assim, tanto o Poder Legislativo quanto o Judiciário) limite direitos, liberdades ou garantias para além do justo e necessário.

Uma última questão se coloca frente a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: esta se refere a dimensão subjetiva ou está destinada unicamente a garantir a preservação institucional dos direitos fundamentais. No que diz respeito à dupla natureza dos direitos fundamentais, e em que pese a posição de alguns autores em fazerem opções por uma ou outra dimensão (subjetiva ou objetiva), o certo é que não há necessidade de rechaçar qualquer uma, pelo contrário, ambas podem complementarem-se. Ora bem, se os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e uma dimensão institucional, a garantia do conteúdo essencial há de estar em conexão com ambas, e exigir, não só a preservação institucional dos direitos fundamentais, como também seu respeito individualizado.

6 Casos Especiais de Restrições

A) Suspensão do Exercício de Direitos

As restrições de direitos, como já se pode observar, atinge um direito a título permanente, porque atinge o direito em si. Mas há a previsão constitucional que possibilita a restrição de direitos em caráter excepcional, temporariamente e por razões específicas, nomeadamente, a salvaguarda das instituições democráticas e defesa do Estado. Trata-se da decretação do Estado de Defesa e do Estado de Sítio, que não se configuram verdadeiras restrições mas suspensão do exercício de direitos.¹²¹

¹²¹ “ Art. 136. O presidente da República pode, ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente estabelecer, em locais restritos e determinados, ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentro as seguintes:

- I – restrições aos direitos de:
 - reunião, ainda que exercida no seio das associações;
 - sigilo de correspondência;
 - sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;
 - (...)

§ 2º. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
- II – declaração do estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.
- (...)

Art. 138. O decreto de estado de sítio indicará a sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas (...).

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I – obrigação de permanência em localidade determinada;
- II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV – suspensão da liberdade de reunião;
- V – busca e apreensão em domicílio;
- VI – intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII – requisição de bens.”

A suspensão implica o impedimento ou a paralisação, durante determinado tempo, do exercício de algum direito fundamental. Funciona em regime de excepcionalidade e só pode ser reivindicado pelo Poder Público quando seja estritamente necessário e somente nos casos previstos pela Constituição. Apesar de não ser uma restrição aos direitos fundamentais deve ser avaliado sob o princípio da proporcionalidade, podendo, quando houver abuso em seu uso, serem tomadas as medidas judiciais cabíveis, isto é, a proteção penal dos cidadãos em caso de desrespeito às regras constitucionais e legais.

B) Privação Individual de Direitos

A privação individual de direitos diz respeito aos casos em que há uma certa restrição ao exercício do direito de determinado cidadão em virtude de uma situação que lhe é especial e que só o atinge. Assim, são exemplos tanto os presos, em especial os sob o regime de privação ou restrição de liberdade, como os totalmente incapazes em relação à perda dos direitos políticos (Arts. 5º, XLVI e 15, II da Constituição Brasileira, respectivamente). Como na suspensão de direitos, a privação individual de direitos não pode ser arbitrária, devendo ser garantido o princípio da legalidade e proporcionalidade para salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Dentro deste contexto, cita-se as garantias constitucionais que, expressa ou implicitamente, nos casos de restrição como na suspensão e privação, visam à salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias:

- a) em caso algum, alguém pode ser privado, definitiva ou temporariamente, de todos os direitos, liberdades e garantias;
- b) é vedada as privações de carácter perpétuo ou com duração ilimitada ou indefinida de qualquer direito;
- c) nenhuma medida policial pode atingir os direitos, liberdades e garantias; quando muito, pode traduzir em condicionamento de alguns deles (como no caso da prisão preventiva);
- d) em qualquer caso, deve prevalecer a salvaguarda do princípio da dignidade humana .

Por fim, cabe ressaltar alguns estatutos especiais fundado em virtude da profissão que implicam em maiores deveres e obrigações e limitam determinados direitos de forma especial. Notamente, está-se falando do estatuto especial conferido aos militares e aos funcionários públicos, situação esta tradicionalmente conhecida por *relações especiais de poder*. Segundo GOMES CANOTILHO,

“ As relações especiais de poder são de diferente natureza e poderão exigir uma limitação do estatuto geral do cidadão em grau muito diferenciado. (...) As relações especiais de poder serão suscetíveis de originar problemas de ordenação entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais. Eles deverão ser resolvidos à luz dos direitos fundamentais mediante uma tarefa de concordância prática e de ponderação possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais”.¹²²

Pode-se citar como exemplo mais significativo a questão da greve quer no serviço público civil, quer no militar. Para ambos, não é aplicado o “regime geral”

do direito de greve do Art. 9º da Constituição: aos servidores civis é permitido, conquanto respeitados os limites estabelecidos em lei complementar (Art. 37, VII); e aos militares é expressamente vedado, conforme o teor do Art. 42, § 5º. Neste sentido, nas relações especiais de poder as restrições devem, como sempre, serem fundadas na Constituição e, quando por ventura não o forem, serem consideradas inconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exame das teses abordadas na presente dissertação pode-se extrair conclusões de dois tipos, em especial. Uma, referente ao trabalho de pesquisa propriamente dito, ou seja, ao seu conteúdo; outra, de caráter mais crítico e pessoal, no que diz respeito a situação do direito constitucional no ordenamento brasileiro.

Em relação ao conteúdo, faz-se as seguintes considerações finais:

1. Não existe uma fórmula mestre para solucionar os casos de conflitos entre direitos fundamentais ou entre estes e outros bens constitucionalmente protegidos.
2. A tarefa metódica de ponderação e concordância prática é feita casuisticamente, através de um processo de argumentação jurídica racional, a fim de estabelecer a relação de precedência entre os princípios, respeitando, acima de tudo, as regras de interpretação constitucional, nomeadamente o princípio da proporcionalidade.

3. O fim último do referido processo é a maior satisfação possível dos princípios de direitos fundamentais.

Quanto ao segundo ponto, impõem-se as reflexões que seguem.

A Constituição Brasileira, em que pese ser posterior a todas as constituições aqui mencionadas, as quais, sem dúvida, serviram de inspiração ao constituinte de 1988, peca na clareza e sistematicidade daqueles, dando como resultado final um texto que abre muito mais possibilidades de estabelecer por via legislativa limites aos direitos fundamentais e introduz uma margem muito maiores de indeterminação que aqueles.

É possível apontar, desde logo, algumas considerações acerca da afirmativa supra, demonstrando algumas causas. Primeiramente, a Constituição Brasileira não contém um preceito no qual, de modo explícito, se ocupe do caráter geral dos limites dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o fazem as Constituições Portuguesa e a Lei Fundamental Alemã (Art. 18 e Art. 19, respectivamente). Por seu turno, em vários dispositivos encontra-se a possibilidade do legislador regular (no sentido restringir/conformar) os direitos fundamentais, quer seja por lei complementar, quer por lei ordinária, impondo como limites máximos a esta intromissão legislativa as chamadas cláusulas pétreas (Art. 60. § 4º), a qual, no entanto, só proíbe a abolição dos institutos ali inseridos. Neste caso, abolir não poderá significar, somente, a retirada das respectivas normas do texto constitucional: trata-se, antes de tudo, em respitar o núcleo essencial das normas. Porém isto é uma posição doutrinária, posto que não há clareza suficiente (pelo menos de forma positivada) que possa garantir que assim o seja.

O desafio que se tem pela frente é o de impor um maior dinamismo ao direito constitucional, o qual não pode ficar cingido a tradicional retórica da difícil (e complicada) aplicabilidade das normas constitucionais. Tem-se na Constituição de 1988 a possibilidade de um novo começo e não, apenas, um fim de uma dura etapa que se passou.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis. **Los Limites de los Derechos Fundamentales.**

Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, num. 14, p. 9 -34,
ene./abr. 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid:Centro de

Estudios Constitucionales, 1997.

ARA PINILLA, Ignacio. **Las Transformaciones de los Derechos Humanos.**

Madrid:Tecnos, 1990.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** São

Paulo:Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro:Campus, 1992.

BON, Pierre. **La Proteccion Constitucional de los Derechos**

Fundamentales:aspectos de derecho comparado europeu. Revista del Centro
de Estudios Consitucionales, Madrid, nº 11, p. 43-82, ene./abr. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7 ed. São

Paulo:Malheiros, 1997.

CABRAL DE MONCADA, L.. **Filosofia do Direito e do Estado.** Vol. I – Parte

Histórica. 2 ed. Coimbra:Coimbra, 1955.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Proteção dos Direitos Fundamentais.** Boletim do Ministério de Justiça, Lisboa, nº 396, maio 1990.

CRETELLA JR., José. **Curso de Liberdades Públicas.** Rio de Janeiro:Forense,1986.

CRUZ VILLALON, Pedro. **Formacion y Evolucion de los Derechos Fundamentales.** Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n.25, p. 35-62, ene./abr. 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos.** São Paulo:Saraiva, 1989.

ECHEVARRIA, Juan Jose Solozabal. **Algunas Questiones Basicas de la Teoria de los Derechos Fundamentales.** Revista de Estudios Políticos, Madrid, nº 71, p. 87-109, ene./mar. 1991.

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

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn.** Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional.** 6 ed. Coimbra:Almedina, 1996.

_____. **Tomemos a Sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais.** Separata de: número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra “Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Antonio de Arruda Ferrer Correia”. Coimbra:1994.

_____. **Direito Constitucional de conflitos e protecção de direitos fundamentais.** Revista de Legislação e Jurisprudência, nºs 3814-3825. p. 35-39, 231-234, 264-267, 293-295, ano 1992-1993.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra:Coimbra, 1991.

GRAU, Eros Roberto, A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo:Revista dos Tribunais,1990.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo:Saraiva, 1989.

HAURIOU, Maurice. **Derecho Público y Constitucional.** Madrid:Instituto Editorial Reus, 1927.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo e OTTO Y PARDO, Ignacio. **Derechos fundamentales y Constitución.** Madrid:Civitas, 1988.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. **La Garantia Del Contenido Esencial De Los Derechos Fundamentales.** Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo II e IV. 2 ed. Coimbra:Coimbra, 1993.

PAREJO ALFONSO, Lucionao. **El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la Sentencia dei Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.** Revista Española de Derecho Constitucionales, Madrid, nº 3, p. 169-190

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Derecho y derechos fundamentales.**

Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales.** 5 ed.

Madrid:Tecnos, 1993.

_____. **Las Generaciones de Derechos Humanos.** Revista del Centro de

Estudios Constitucionales, Madrid, nº 10, p. 203-217, set./dic 1991.

_____. **Concepto y Concepción de los Derechos Humanos.**

DOXA(Cuadernos de Filosofía del Derecho), Alicante, nº 4, p. 47-66, 1987.

_____. **La Fundamentación de los Derechos Humanos.** Revista de Estudios

Políticos, Madrid, nº 35 (nueva época), p. 7-71, set./out. 1983.

REALE, Miguel. *Filosofía do Direito.* 8 ed. São Paulo:Saraiva, 1978.

RIVERO, CAPPELLETTI, et alli. **Tribunales Constitucionales Europeus y**

Derecho Fundamentales. Trad. Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de

Casas. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Os Direitos Fundamentais.** Revista Brasileira de

Estudos Políticos, Belo Horizonte nº 82, p. 15-69, jan. 1996.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid:Editorial Revista de Derecho Privado, s.d. (reimpressão).

SEGADO, Francisco Fernandez. **La Teoria Juridica de los Derechos Fundamentales en la Doctrina Constitucional**. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid nº 39 , p.195-247, set/oct. 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14 ed. São Paulo:Malheiros, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra:Almedina, 1987.