

DIREITOS FUNDAMENTAIS: REGIME JURÍDICO DAS RESTRIÇÕES

MARCOS ROGÉRIO PALMEIRA¹

Resumen: Las transformaciones en la estructura del Estado Brasileño invitan a una revisión de las garantías de los derechos fundamentales. Los derechos individuales han sido el centro de las polémicas en torno de la relación entre la Sociedad y el Estado, siempre buscando el equilibrio entre el ejercicio del poder estatal y la permanencia de los derechos del ciudadano, partiendo de la idea de un abierto catálogo de garantías individuales, que permita las actividades estatal y jurisprudencial, vinculando la eficacia material de la Constitución a la concretización de los derechos fundamentales.

Resumo: As transformações na estrutura do Estado Brasileiro convidam a uma revisão das garantias dos direitos fundamentais. Os direitos individuais têm sido o centro das polêmicas em torno da relação entre a Sociedade e o Estado, sempre buscando o equilíbrio ente o exercício do poder estatal e a permanência dos direitos do cidadão, partindo da idéia de um aberto catalogo de garantias individuais, que permita às atividades estatal y jurisprudencial. vinculando a eficácia material da Constituição à concretização dos direitos fundamentais

Abstract: The changes in the structure of the Brazilian State to invite a review of the guarantees of fundamental rights. Individual rights have been the center of the controversy surrounding the relationship between the Company and the State, always looking for a balance between the fact of state power and permanence of the citizen's rights, based on the idea of an open catalog individual guarantees, enabling activities and state case law, effectively linking the material of the Constitution to the realization of fundamental rights.

Sumario: Introdução; 1. Direitos Fundamentais: Definição e Sistema Aberto; 2. Restrições aos Direitos Fundamentais: 2.1. Tipos de Restrições aos Direitos Fundamentais; 2.2. Limites das Restrições aos Direitos Fundamentais; 3. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Introdução

Desde os primórdios do constitucionalismo, com a Magna Charta, em 1215, os direitos individuais têm sido o centro das polêmicas em torno da relação entre a Sociedade e o Estado.² Notadamente, no curso das lutas políticas, o avanço na direção de uma teoria científica dos direitos fundamentais pode ser creditado às eficientes barreiras impostas contra o exercício desmedido do poder pelo Estado e o soberano. Esta tradição liberal influenciou as constituições modernas, que passaram a assumir o caráter de carta de direitos e de mover nabilidade, arrimo do pacto pela convivência harmônica.

¹ Mestre em Direito pela UFSC, Professor Universitário e Advogado.

² A concepção de que a Magna Carta inglesa visava proteger direitos individuais do cidadão foi contestada por DÓRIA (1986:20) que a considerava apenas um complexo jurídico destinado a limitar da ação do rei: *A lenta mas firme congregação dos interesses da nobreza em torno de um Parlamento vai transferindo a este, como um corpo que aos poucos se desliga de sua original matriz aristocrática para representar outras forças econômicas ou políticas em ascensão, a defesa das restrições impostas à coroa britânica, único poder identificado em toda a história do país com o arbítrio, a luta se trava contra o rei. A Magna Carta só ao rei tolhe. Ao Parlamento, o papel de defensor dos direitos individuais ameaçados, embora pertencentes a restrita classe de beneficiários.*

No plano hermenêutico, consoante a Teoria Material da Constituição, a idéia de cidadania procura compatibilizar e concretizar três níveis de relacionamento do Estado com o indivíduo, que integram o eixo das constituições: a) uma esfera de defesa do indivíduo face aos poderes do Estado, impondo-lhe uma “zona de abstenção”, em que a consagração do direito realiza-se com a não-intervenção estatal; b) a conformação do princípio da igualdade com a realidade social, quando o Estado reaproxima-se do indivíduo, vinculando a sua atividade por meio de prestações destinadas a dar eficácia aos direitos reclamados; c) a possibilidade de participação do indivíduo na esfera de decisões de comando do Estado por meio de canais de exercício da democracia direta e indireta, inspirado no princípio de que o poder emana do povo. A busca pelo equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a permanência dos direitos do cidadão, recebeu um importante aporte da jurisprudência estadunidense, a partir do substantive due process of law, considerado meio de controle das atividades legislativa e administrativa destinadas a restringir o gozo de direitos fundamentais.

Entretanto, resta assente que o exercício das liberdades individuais não pode ser tomado como uma instância absoluta, posto que comporta limitações, diante do inevitável confronto com valores comunitários. A escolha da ordem de prioridade de direitos, no caso concreto, precede um processo de ponderação não excludente de princípios assimilados pela vontade política da nação e positivados na ordem constitucional. Embora toda atividade estatal, orientada pelos comandos normativos, tenha o propósito de preservar a dignidade da pessoa humana, as deliberações majoritárias dos representantes legislativos são colocadas sob vigilância mediante limitações inseridas na Constituição.

O presente artigo tem a finalidade de examinar o regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais partindo da idéia de que um aberto catálogo de garantias individuais, receptivo e sensível às tensões da sociedade postulante, permite às atividades estatal e jurisdicional um criativo exercício interpretativo voltado para a sua efetivação. A tendência jurisprudencial manifesta nos pro-núnciamentos do Supremo Tribunal Federal – STF – também integra o objetivo da pesquisa, pela importante tarefa de interpretar a Constituição, razão pela qual se dará um enfoque específico às decisões atinentes ao tema abordado.

Convém dizer ainda que o longo processo de positivação dos direitos do homem, que culminou com a promulgação da Constituição em 1988, não foi suficiente para garantir-lhes a eficácia. Aquelas ordens de otimização essenciais para o controle do poder estatal indicam que atribuir efetividade a esse catálogo aberto de direitos, conferindo força normativa à ordem jurídica, constitui-se numa laboriosa tarefa. Mas, contrariamente a esta vocação concretizadora, as atividades legislativa e administrativa dominantes que hoje atuam vêm procurando solapar as pretensões do Estado democrático de direito, firmadas pela sociedade no texto da Constituição. As recentes transformações na estrutura

do Estado brasileiro convidam a uma análise da revisão promovida no sistema de garantias dos direitos fundamentais.

1. Direitos fundamentais: definição e sistema aberto

A concretização da idéia de direitos fundamentais apresenta uma estreita associação com a política, por conta dos constantes embates entre o Estado e a Sociedade, relacionados aos espaços de intervenção e das liberdades individuais. Nos povos antigos, a concepção de indivíduo sempre gravitou em torno do Estado, o que se compreende pela máxima de Aristóteles de que o homem é um ser animal e político, vinculando a sua cidadania à estrutura estatal³ Nesse momento histórico, a fusão do indivíduo ao Estado demonstra a ausência de direitos daquele em relação a este. No entanto, havia um grau de subordinação situado na esfera dos deveres individuais, classificado como Status Passivo. Mais tarde, a afirmação do indivíduo e suas garantias passou a depender da secularização do direito e a restrição/abolição dos privilégios das castas, Imprimidos com mais relevância nas revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, notadamente a partir das sucessivas declarações de direitos dos Estados Americanos, iniciada em 1776.

No plano filosófico, a produção intelectual de Immanuel Kant contribuiu imensamente para a formulação de um novo conceito de homem ao deslocá-lo para o centro de sua teoria do conhecimento. Trata-se da revolução copernicana (o próprio filósofo assim a denominou): não é o sujeito que gira em torno do objeto, mas o objeto que deve ajustar-se ao conhecimento humano. A identificação do homem como titular de soberania, idéia respaldada pelo pensamento iluminista, motivou as declarações de direito produzidas pelas revoluções liberais e o surgimento de uma verdadeira doutrina de garantias da pessoa humana. A despeito da importância histórica e política de tais documentos, não há como atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais, uma vez que não vinculavam o soberano ou o Estado a um compromisso obrigacional com os indivíduos. É por isto que Ingo Wolfgang Sarlet teve a preocupação de fazer uma distinção terminológica:

O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e

³ SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 19, sustenta que *O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.*

que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁴

Apesar disto, há uma grande aproximação entre os dois termos, pois foram os direitos expressos nas declarações de direitos do homem da Revolução Francesa e dos povos da Virgínia na independência dos Estados Unidos da América que percorreram um caminho comum até integrarem os ordenamentos jurídicos nacionais.

É certo que no processo de afirmação da pessoa humana e seus direitos diversos, vários estágios foram superados até que figurassem nas constituições dos Estados modernos, representando diferentes momentos de convivência entre o poder estatal e o cidadão. A doutrina do liberalismo clássico, construída sob o pálio do princípio de liberdade e baseada na rejeição dos poderes ilimitados do soberano, permitiu a redução da esfera obrigacional do indivíduo em relação ao Estado, criando-lhe barreiras ao exercício arbitrário do poder. Esta relação pode ser subdividida em três diferentes formas de abstenção do Estado, propostas por Robert Alexy: a) Direito ao não impedimento de ações, em que o Estado não pode obstaculizar o exercício de determinadas ações; ex.: as manifestações de fé, expressão de opinião, eleição de uma profissão; b) Direito à não afetação de propriedades e situações, que pode ser exemplificado na inviolabilidade do domicílio; c) Direito à não eliminação de posições jurídicas, manifestado na impossibilidade de o Estado criar regras que suprimam determinados direitos de que os indivíduos são titulares⁵ Destarte, o status negativus ou status libertatis estabeleceu uma zona de não-intervenção, evidenciada na abstinência da atividade estatal e teve a positivação do direito à propriedade como um importante legado.

Em um segundo momento, também resultante de transformações histórico-políticas com maior incidência na segunda metade do século XIX, por força da insatisfação dos trabalhadores com a inércia estatal, a sociedade passou a postular direitos sociais. Tais reivindicações direcionadas a integrar setores sociais excluídos da repartição da renda assumem a dimensão de aproximar o cidadão do Estado por meio de prestações no interesse do primeiro. As liberdades positivas (status positivus) apoiadas no princípio da igualdade⁶ estabelecem uma relação obrigacional do Estado para com a sociedade, uma vez que a Inércia é incompatível com a concretização dos direitos sociais. Por último, às liber-

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 189-194.

⁶ A doutrina comum aos governos dos países emergentes tem sido a adoção de políticas neoliberais que propõem um resgate de algumas premissas do liberalismo clássico, mas centralizando todos os interesses na supremacia do mercado. Considera-se, destarte, que um sistema econômico baseado na economia de mercado é incompatível com a idéia de intervenção estatal consagradora do princípio da igualdade. Daí porque HAYEK, Friedrich, O Caminho da servidão. Trad. Leonel Vallandro. 2. Edição, Porto Alegre: Globo, 1977, considera que no capitalismo não é possível coadunar os direitos de liberdade com os direitos de igualdade.

dades individuais são integrados os direitos de participação (*status activus*) que pressupõem que a atividade estatal só se torna possível por meio da ação dos cidadãos. Nesta esfera está a garantia do direito de contribuir na formação da vontade política do Estado. Com estes aportes históricos e filosóficos Paulo Bonavides formulou um conceito para direitos fundamentais:

Considerando, pois, os aspectos positivos que ora prevalecem às antigas noções de resistência e defesa, configuradas do conceito unilateral de liberdade, imperante na versão clássica do constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais incorporam ao seu âmbito as prestações do Estado, as garantias institucionais, o sentido objetivo da norma e a qualificação valorativa. É isto que consente, conforme ponderou Albert Bleckmann, defini-los “como as normas objetivas da Constituição que regulam as relações dos indivíduos com o Estado”⁷

A moderna teoria constitucional, com a hermenêutica da concretização⁸, tem visto a impossibilidade de interpretar os direitos fundamentais considerando a metodologia clássica do positivismo com o seu dedutivismo formalista, que ao considerar apenas a literalidade da lei, descuida de apreciar os princípios e valores enquanto elementos formadores do substrato constitucional como dos direitos fundamentais. É que, ainda bastante influenciada pelo mito da neutralidade da lei, a hermenêutica tradicional sustenta a relação da sociedade com o Estado no princípio da separação dos poderes e na distribuição de competências. Embora distante do positivismo tradicional, Max Weber preconiza que a racionalidade do direito funda-se no exercício do poder político e, portanto, legitimidade é sinônimo de legalidade, numa tentativa de destituir a regra jurídica de qualquer carga valorativa. Aliás, esse campo de tensão decorre da desconfiança nos poderes do Estado, que remanescem do absolutismo e das lutas liberais pela emancipação da burguesia emergente. A crítica mais conténdice suportada pelo positivismo refere-se a sua atuação na esfera interpretativa de direitos fundamentais ou de cláusulas da Constituição tendo como recurso unicamente o emprego de técnicas jurídicas baseadas no exame do texto e das variadas disposições legais. Neste caminho a Constituição adquire semelhanças com a lei comum, perdendo o significado de ser a sede da vontade política da nação, uma carta de valores e direitos, destinada a promover o desenvolvimento da convivência social pacífica.

Por outro lado, a busca pela formulação de uma teoria científica para os direitos fundamentais também se afasta da concepção jusnaturalista, que são considerados em decorrência dos princípios gerados pelas expectativas da cidadania postulante. Destarte, se para o positivismo a interpretação deveria distanciar-se da moral e dos valores sociais, para o jusnaturalismo a fundamentação

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 8. edição - revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 534.

⁸ Essa nova hermenêutica, assim denominada por BONAVIDES. Curso. p. 534, surge como reação ao estado em que se encontrava a ciência constitucional até a primeira metade deste século, incapaz de interpretar a Carta Política a fim de expandir seus conteúdos normativos, exauri-los, para acompanhar e atender as demandas da sociedade em constante mutação.

desses direitos parte de ordenações divinas ou naturais, acrescidos de vocações para a eternidade e preexistência à ordem jurídica⁹. Conforme lembra Otto Von Bachof, citado por Oscar Vilhena a existência e o caráter preceptivo de uma ordem de valores anterior ao Direito não se pode provar com uma evidência racional. Em última instância, sua afirmação é uma crença (...) que segundo creio, abarca o que nós entendemos sob o nome (...) de “Cultura Ocidental”¹⁰. Entretanto, a concepção despreza um pressuposto essencial do sistema democrático, ou seja, a conformação dos valores e princípios com a dinâmica do avanço da sociedade. Mas sem o receio de cair na abstração, o jusnaturalismo passa a admitir a supraconstitucionalidade do direito, aqui baseado no consenso social fundado em leis naturais, rompe com a possibilidade de soberania da deliberação da Constituinte Originária e admite, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais.

O risco de criar um sistema de direitos fundamentais rígido, hermético e transcendente às próprias aspirações sociais é comum aos dois critérios de interpretação. A aspiração da pureza procedimental e material, evidente tanto no positivismo como no jusnaturalismo abre a possibilidade de engessamento do sistema de direitos fundamentais e a estagnação de um critério interpretativo comprometido com a cidadania e a mutabilidade social. Mantemos, entretanto, a preocupação com a preservação dos direitos fundamentais contra as deliberações legislativas que põem em curso a derrocada do sistema democrático. A condução dessas liberdades à condição de cláusulas superconstitucionais, conforme o art. 60, § 4º da Constituição, bem como o controle judicial da constitucionalidade das leis, representam poderosas barreiras de proteção do cidadão face à tirania do Estado e das aspirações momentâneas de grupos sociais hegemônicos. A incorporação da interpretação sistemática da Constituição com o arcabouço de valores da sociedade torna possível conceber um sistema aberto para os direitos fundamentais, significando que:

além dos conteúdos do sistema jurídico que desde o ponto de vista da Constituição são meramente possíveis, existem conteúdos que são constitucionalmente necessários e outros que são imponíveis. O fato de que as normas iusfundamentais determinem o conteúdo constitucionalmente necessários e imponíveis, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal. A fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados.¹¹

⁹ No que diz respeito à construção de uma teoria dos direitos fundamentais, faz-se importante destacar que o jusnaturalismo ganhou novo fôlego na Alemanha pós-nazismo, principalmente pela intervenção de Otto Bachof. O jurista, que considerava necessária a vinculação da Constituição a princípios supralégais e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais, não conseguiu vencer o grau de abstração dessas idéias no esforço de compor uma formulação científica para os direitos fundamentais.

¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 110-1.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 509

Um catálogo aberto de direitos fundamentais encontra justificativa di ante da impossibilidade de limitá-los apenas àqueles escritos, até porque, no curso interpretativo apontado, pretende-se a superação da leitura puramente normativista de cunho liberal. Assim, os novos direitos, ainda não escritos, mas gestados no interior da sociedade, estabelecem uma relação de complementaridade com outros já positivados na ordem jurídica vigente. A Constituição acompanhou esta nova tendência de aperfeiçoamento dos conteúdos normativos dos direitos fundamentais, porque conforme dispõe o § 2º do art. 5º 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. A opção por conceber tais prerrogativas individuais como princípios decorre da compreensão de que o sistema avançou além das relações cidadão-Estado e adquire, segundo Böckernförde, citado por Paulo Bonavides uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao direito público, nem ao direito privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.¹²

O sistema aberto também encontra arrimo na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como bem indicou a Constituição, no § 1º do art. 5º, e na eficácia vinculante dos comandos normativos vistos em relação aos poderes do Estado. O rompimento das fronteiras do positivismo clássico buscou conferir eficácia a três aspectos de relevância, observados pelos direitos fundamentais: a) o caráter de direitos de defesa que assumem, impondo limites e deveres à atuação legislativa e administrativa; b) o caráter unitário e unificador das postulações da sociedade em transformação que manifestam enquanto espinha dorsal das Constituições modernas; c) a imperiosa necessidade de efetividade desses direitos, conferindo prevalência na esfera interpretativa, a fim de dotá-los de mais intensidade e eficácia jurídica.

A idéia de sistema aberto suscita o debate sobre a conservação dos direitos escritos, gravados pela marca da intangibilidade, consoante a indicação no art. 60, § 4º, IV da Constituição, imponto limites materiais e formais ao poder constituinte derivado, pois não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...). Esta ordem destinada a proteger o núcleo essencial não significa uma condição absoluta, porque é vedada a tendência ou a efetiva abolição dos direitos fundamentais. Como paradigma, vale lembrar a solução adotada pela Lei Fundamental da Alemanha que no âmbito das suas cláusulas pétreas (art. 79, II) deixou de fazer referência a tais direitos, mas manteve a intangibilidade pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Um ordenamento jurídico receptivo às mutações orienta a proteção de cada direito fundamental pela adequada delimitação do núcleo essencial, o que para Klaus Stern é o colorário da estabilidade constitucional.¹³

¹² BONAVIDES. Curso. p. 541

¹³ SARLET. A Eficácia. p. 366

2. Restrições aos direitos fundamentais

A necessidade de limitação do espaço de proteção dos direitos fundamentais já não encontra mais resistências na doutrina, uma vez que incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais. Esta condição decorre do próprio conteúdo aberto e variável das liberdades individuais, que para sua concretude, exige o exercício do direito no plano fático e concreto. Aí então se pode comprovar que em determinadas situações a Constituição protege da mesma forma dois valores ou bens, mas quando tomados em sentido absoluto, conduzem a um dever-ser conflitante. A restrição dos direitos, examinados pela ótica de uma convivência social de cunho contratualista, visa permitir tanto a oportunidade do exercício de direitos fundamentais colidentes, como a preservação de um bem jurídico coletivo ou estatal assegurado pela Constituição. No primeiro caso, há embate quando, por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação afeta a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas. A contraposição entre direitos individuais e bens comunitários pode ocorrer quando a necessidade de preservação de um patrimônio cultural colide com o direito de propriedade, justificando a restrição à alterações nas fachadas de imóveis tombados.

Para a preservação do sistema constitucional, as restrições têm arrimo nos princípios da Unidade da Constituição e da Concordância Prática. O primeiro deles informa a necessidade de harmonizar valores conflitantes, já que a solução não pode partir da concepção da hierarquia de valores, que sujeita a eliminação de posições jurídicas integradas no preceito da dignidade da pessoa humana. A relevância do princípio é apontada por Konrad Hesse, conforme lembra Edilsom Pereira de Farias:

la relación e interdependência existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución e evite su limitación unilateral a aspectos parciales.¹⁴

O recurso da interpretação sistemática e unitária da Constituição justifica a razão de ser fonte jurídica e não jurídica da ordem social, dando segurança às relações sociais. A ponderação de bens quando do exame do conflito entre direitos é o critério dominante no princípio da concordância prática, estabelecendo-se no caso concreto uma ordem de precedência, atribuindo peso maior a um deles. A par das objeções apresentadas por uma parte da doutrina¹⁵, este método

¹⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996. p. 98

¹⁵ A técnica, segundo os críticos, concede um juízo arbitrário ao intérprete, que atribui valoração aos direitos fundamentais em conflito sem respaldo em um método convincente. É o que diz Friedrich

visa estabelecer um caráter racionalmente objetivo à solução dos conflitos. Aliás, como bem ressalta José C. Vieira de Andrade:

Por outro lado, o princípio da concordância prática não prescreve propriamente a realização óptica de cada um dos valores em jogo, em termos matemáticos. É apenas um método e um processo de legitimação das soluções que impõe a ponderação de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível¹⁶.

Portanto, a resolução das colisões de direitos fundamentais não está somente sujeita à reserva de lei, pois também cumpre aos juízes dar uma resposta na decisão do caso concreto. No campo de análise das contradições aponta-se os embates entre regras e entre princípios. No âmbito das regras cabe o reconhecimento de invalidades de uma delas, adotando-se os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade para alcançar a solução, a fim de manter a coerência do sistema jurídico que não admite contradições entre regras. A colisão de princípios não se resolve com a supressão de um deles em favor do outro, porque são irrevogáveis. Por isso, J.J. Gomes Canotilho propõe passos metodológicos para solução da colisão de direitos fundamentais:

a) o procedimento inicial requer do intérprete a determinação do âmbito de proteção da garantia jusfundamental. Para exemplificar, pode-se dizer que não há colisão entre liberdade de expressão e a honra em casos de calúnia, difamação e injúria, quando não esta coberto pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão o direito à difamação, calúnia ou injúria. Por sua vez, José C. Vieira de Andrade coloca a questão no âmbito dos limites iminentes dos direitos envolvidos:

Poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente ? ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa.¹⁷

b) o intérprete deve proceder a um juízo de ponderação dos bens envolvidos, visando resolver a colisão mediante o sacrifício mínimo dos direitos fundamentais em jogo. Aqui o intérprete vale-se dos princípios da unidade da constituição, da concordância prática, considerando a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais e os valores constitucionais, visando

Müller, citado por BARROS (1996:169) para quem a ponderação apresenta “um padrão lingüístico cômodo conduzindo a juízos de valor subjetivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subsequentemente generalizada”.

¹⁶ ANDRADE, José C. Vieira de. Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998. p. 222.

¹⁷ ANDRADE, José C. Vieira de. Os Direitos. p. 216.

preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos.

A busca por uma justificação lógica das restrições levou os doutrinadores a formular duas teorias em torno das posições jurídicas definitivas ou *prima facie*. Para a Teoria Externa, o direito fundamental e sua limitação não estabelecem qualquer relação, razão pela qual, o esforço legislativo de conformação das inferências decorrentes de conflitos entre direitos individuais e bens coletivos torna-se uma necessidade alheia ao ordenamento jurídico. Desta forma, os direitos fundamentais indicariam posições absolutas, já insuscetíveis de restrição.

Assim Robert Alexy chega a defender que: Si se parte exclusivamente de posiciones definitivas, se llega al resultado de que nunca pueden ser restringidas las posiciones iusfundamentales, pero sí los bienes iusfundamentales protegidos¹⁸. Por óbvio, é perceptível que a teoria externa coaduna-se com uma visão individualista do Estado e da Sociedade. Por outro lado, a Teoria Interna desconsidera a idéia de cisão entre o direito e suas restrições, concebendo esta relação em consonância com um conteúdo determinado. Com esta premissa a liberdade jurídica genérica, entendida a partir de princípios jusfundamentais, é que comporta limitações, ou seja, uma determinada posição jurídica *prima facie* apresenta, em si, restrições imanentes. Admite-se, então, restringir a liberdade abstrata, mas não posições definitivas, considerando o processo de ponderação dos princípios, a fim de impedir situações absolutas incompatíveis com as aspirações comunitárias. Tal preocupação é manifestada por Robert Alexy: Si se parte del modelo de principios, entonces se restringe no sólo un bien protegido de las normas de derecho fundamental sino un derecho *prima facie* garantizado por normas iusfundamentales. Por lo tanto, en el modelo de los principios, el discurso de las restricciones de los derechos fundamentales es correcto¹⁹. Segundo a teoria interna, a restrição ocorre quando um direito fundamental ou uma posição jurídica *prima facie* têm vigência comum com uma não-liberdade ou um não-direito definitivos de igual conteúdo.

2.1. Tipos de restrições aos direitos fundamentais

Todo regime jurídico das limitações de liberdades individuais merece estar obrigatoriamente fundado na Constituição, pois este preceito se coaduna com os esforços de dotar os direitos do caráter de fundamentalidade, afastando a hipótese de regulamentação infra-constitucional²⁰. É por isto que J.J.Gomes Canotilho, para comprovar a validade de uma restrição, julga necessário

¹⁸ ALEXY, Robert. Teoría. p. 271

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoría. p. 271

²⁰ Conforme alerta CANOTILHO. Direito. p. 607: *Transferindo a possibilidade de restrições para direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagradas sem qualquer reserva de restrição, correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem, os direitos dos outros, a exigências de ordem social ou de ordem ética, se colocar de novo os direitos, liberdade e garantias na disposição limitativa do legislador.*

determinar o âmbito de proteção do direito, averiguar a finalidade da lei, tipo e natureza da restrição e observar se há respeito aos limites impostos pela Constituição. A metodologia impõe as seguintes indagações: a) trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção (bens jurídicos protegidos e a extensão da proteção) de norma consagrada de direito fundamental ? b) a constituição autoriza a restrição ? c) a restrição tem como finalidade salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? d) a lei restritiva cumpriu os requisitos prescritos expressamente pela constituição?²¹ A partir destas premissas iniciais é possível extrair dos estudos doutrinários três vertentes principais de limitações dos direitos fundamentais:

a) As restrições diretamente constitucionais impõem fronteiras às liberdades individuais formuladas expressa ou tacitamente na própria Constituição, convertendo um direito *prima facie* em um não-direito definitivo. Tais restrições assumem a posição de limites imanes pois são limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites de objecto, 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)²² Como exemplo, o direito de inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI da Constituição) foi restringido para excetuar a hipótese do flagrante delito ou desastre;

b) As restrições indiretamente constitucionais ficam evidenciadas nas situações em que a possibilidade de condicionar o exercício pleno do direito está autorizada pela Constituição, por meio de cláusulas de reserva explícitas. Entretanto, importa dar atenção à delimitação dessas reservas, nos planos formal e material. No primeiro caso, a Constituição indica expressamente no art. 5º, II o veículo normativo essencial para se proceder a uma restrição indireta: a lei. Por esta razão é inadmissível conceber a redução de campo de abrangência de um direito fundamental que não tenha sido submetido ao exame dos representantes populares, observado o procedimento inerente ao ato. Os fundamentos da reserva material também são extraídos da Constituição: a limitação da posição jurídica *prima facie* deve preservar o conteúdo essencial como garantia absoluta, concebido no princípio da dignidade da pessoa humana.

c) As restrições implícitas não se manifestam expressamente no texto da Constituição, mas afetam as regras plenamente permissivas, com o fim de preservar outros direitos e bens igualmente protegidos. Desta forma, a livre manifestação das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, VI) submetidas a um exame superficial apresentam as feições de um direito absoluto. No entanto, apesar de não indicar nenhuma restrição explícita, a lei pode proibir ou restringir a divulgação de obras de valor artístico que exprimam idéias contrárias à integridade territorial, com o escopo de estabelecer unidade

²¹ CANOTILHO. Direito. p. 602.

²² CANOTILHO. Direito. p. 602.

normativa com o preceito da indissolubilidade da federação, consagrado no art. 1º, caput da Constituição.

2.2. Limites das restrições aos direitos fundamentais

Na exposição anterior ficou claro que as regras de restrição de direitos fundamentais devem obrigatoriamente, observar limites formais e materiais de validade, sob pena de banimento do ordenamento jurídico. Conforme ficou assente, o obstáculo inicial às limitações dos direitos individuais fixados na Constituição é a exigência de ato legislativo, inteiramente vinculado. A questão torna-se espinhosa, entretanto, ante a possibilidade de delegação da competência legislativa. A Constituição, comungando plenamente dos ideais democráticos, fixou a impossibilidade do executivo de atuar como legislador nas matérias que versam sobre os direitos individuais, conforme teor do art. 68, § 1º, II. No entanto, Carlos R. de Siqueira Castro sustenta uma posição mais flexível para o repasse de competência, baseada na exigência de standarts legislativos: Uma vez que a lei formal de delegação especifique as fronteiras materiais e objetivas dentro das quais pode a autoridade delegada legislar, de maneira que não haja risco desmesurado de indevidas restrições da liberdade, tem-se por aceitável a delegação²³. A assertiva tem sua importância no âmbito dos atos administrativos, com o escopo de impedir a irrestrita sujeição do administrador aos ditames do poder legislativo.

A análise da questão amplia-se até controle judicial dos atos legislativo e administrativo, no tocante ao estabelecimento de normas limitadoras de posições jurídicas *prima facie*. Neste aspecto merece referência a exacerbada fixação do judiciário brasileiro na teoria dos três poderes, principalmente quanto a sua postura de mitigar a interferência no mérito das decisões de governo, que acaba por reduzir o exercício da jurisdição constitucional à verificação das formalidades e a competência da autoridade ou órgão que emitiu o ato. O controle judicial da materialidade das deliberações administrativas, principalmente aquelas que atingem a efetivação de direitos individuais à prestações do Estado, requer um aprimoramento nos tribunais, no tocante à observação da congruência entre meios e fins, conforme os valores e princípios constitucionais.

Acontece que a observância dos limites materiais das restrições depende de um juízo de ponderação, valendo-se o legislador, para emitir, do princípio da proporcionalidade, conforme assinala Robert Alexy: A través de esta vinculación entre competencia y ponderación se evita, por cierto, el resultado, incompatible com la sujeción del legislador a los derechos fundamentales, en todo caso más allá de la valla del contenido esencial, se encuentran a disposición del legislador y, por lo tanto, carecem de contenido²⁴. Destarte, as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou

²³ CANOTILHO. Direito. p. 602.

²⁴ ALEXY, Robert. Teoría. p. 283

interesses constitucionalmente protegidos. Aplica-se então a máxima da proporcionalidade ou a proibição do excesso. Isso significa que qualquer limitação feita por lei aos direitos fundamentais deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A inevitável similitude com a garantia do devido processo legal, herança do direito estadunidense, conforme Carlos R. de Siqueira Castro:

conjuga o princípio da isonomia ou da igualdade jurídica (...), associando-os num feixe de proteção contra as normas e toda sorte de decisões arbitrárias (“irrazoáveis” ou “irracionais”) do Poder Público. Impede, em suma, que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido na deliberações do Estado e de seus delegados, apurando-os ao padrão aceitável de moralidade, de eficiência e racionalidade²⁵

A incidência do princípio da proporcionalidade, tanto no procedimento prévio de edições de normas restritivas como em sede do controle de constitucionalidade, visa compatibilizar o ato legal examinado com a vontade política da nação, mantendo intangível o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este núcleo é definido a partir de duas abordagens indicadas por José C. Vieira de Andrade:

a) Teoria absoluta ou subjetiva – o conteúdo essencial consistiria num núcleo fundamental, determinado em abstrato, próprio de cada direito e que seria, por isso, intocável. Referir-se-ia a um espaço de maior intensidade valorativa – o coração do direito – que não poderia ser afetado sob pena de o direito deixar de realmente existir.

b) Teoria relativa ou objetiva – reconduzem o conteúdo essencial aos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade: a restrição só é legítima quando fosse exigida para realização de bens jurídicos que devessem ser considerados como mais valiosos e só na medida em que essa exigência se imponha ao direito fundamental. Trata-se da necessidade de harmonizar bens jurídicos, para levar a cabo com critérios de concordância prática. um direito fundamental ;e composto de elementos mínimos que o fazem reconhecível, impedindo a extinção do direito ou a sua transformação em outra coisa;²⁶

A partir das posições apresentadas pelas teorias consideradas não excludentes entre si, é possível definir a redoma de proteção do direito individual, a partir do momento em que um determinado ato normativo venha a restringi-lo a ponto de impedir a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Constituição, conforme teor do art. 1º, III. Sob esse aspecto, convém examinar a constitucionalidade das sucessivas leis que fixam o salário mínimo que limitam o pleno exercício das necessidades vitais básicas traçadas no art. 7º, IV da Constituição, bem como a atuação dos poderes públicos para dar eficácia a esse direito fundamental de conteúdo econômico.

²⁵ CASTRO. O Devido. p. 159

²⁶ ANDRADE. Os Direitos. p. 234

Além dos limites já apontados, as leis restritivas assumem o caráter de generalidade e abstração, ou seja, não se admite que sejam específicas, bem como gerais e concretas. Assim, estão impedidos atos normativos que condicionem o exercício de direitos à pessoas determinadas ou determináveis. Da mesma forma, as leis limitadoras de liberdades individuais que atingem atos determinados ou determináveis não podem ser aplicadas retroativamente, pois, assim, perderiam as qualidades de generalidade e abstração.

3. A jurisprudência do supremo tribunal federal

O judiciário brasileiro ainda manifesta um grande apego ao dogma da separação dos poderes e, marcado pela interpretação positivista, tem mitigado o campo de atuação do princípio da proporcionalidade. No plano das decisões judiciais, o controle dos atos administrativo e legislativo, na maioria dos casos, focaliza apenas os aspectos formais e procedimentais, obstando o exame do mérito à manutenção da harmonia dos poderes. Essa tendência tem se manifestado, por exemplo, na decisão proferida em 13 de novembro de 1970:

Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido²⁷.

Na esfera dos direitos fundamentais, essa postura indica nitidamente a maneira de eximir o judiciário da responsabilidade de implementar e dar eficácia ao catálogo de garantias do indivíduo. No caso supra mencionado, o STF, ao examinar o pleito a favor do direito fundamental à saúde, preferiu considerar que a obrigação de conferir-lhe efetividade cabe somente ao Poder Executivo, que pode arbitrar a conveniência dos atos administrativos específicos, com respaldo na reconhecida atuação discricionária e autônoma.

A insensibilidade quanto às inovações hermenêuticas trazidas pela experiência de tribunais de outros países reduz o universo de alternativas para o estudo da jurisprudência a casos pouco frequentes, considerando o caráter vinculativo das decisões do STF e os pequenos esforços dos operadores jurídicos em modificar os dogmas consagrados na cultura e na práxis forenses. Por outro lado, o uso do princípio da proporcionalidade no exame das normas de restrição de direitos fundamentais, por meio da intervenção do judiciário, pode afinar a atividade do Estado com o sistema de garantias. Isso se expressa na hipótese das taxas judiciárias excessivas - que restringem o direito de petição - e na interpretação dos limites imanentes ao uso da propriedade.

O direito à livre manifestação de pensamento, contemplado no catálogo escrito de garantias do indivíduo na Constituição (art. 5º, IV) foi interpreta-

²⁷ *apud* BARROSO, Luiz Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 1999. p. 10

do pelo STF, chamado a pronunciar-se diante de um caso concreto. Interessante observar que, a despeito da evidente restrição diretamente referida no texto constitucional vedando o anonimato, o Supremo valeu-se de um juízo de razoabilidade para fixar-lhe limites implícitos. Este é o sentido do aresto, conforme apreende-se da ementa:

Obscenidade e pornografia. O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência de homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles²⁸.

Em outro julgamento, ao enfrentar a controvérsia sobre o âmbito da aplicabilidade do art. 37, VII da Constituição, que estabelece nítida reserva de lei restritiva do direito fundamental à greve pelos servidores públicos civis, o STF navegou contra a corrente, olvidando que aqueles limites indicados na norma também comportam limites. No exame da estrutura do direito em questão há *prima facie* a liberdade de fazer greve, indicando que a atividade legislativa está destituída de ampla discricionariedade, subsumida a meios e fins previamente estabelecidos. Essa reserva legal qualificada não se limita a reclamar que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados²⁹. No entanto, com arrimo na mora legislativa e a despeito da eficácia limitada da norma em comento, o STF deixou de respeitar o núcleo essencial do bem jurídico protegido, conferindo ao direito de greve dos servidores públicos civis um conteúdo meramente programático:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia

²⁸ RMS nº 18.534, Ac. 2ª Turma, Rel.: Min. Aliomar Baleeiro, DJ, 01.10.1968

²⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 162)

meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de Direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.³⁰

Apesar de o art. 37, VII da Constituição ter uma intensidade normativa reduzida em virtude da exigência de lei complementar, tal condição não lhe confere o caráter de norma destituída de aplicabilidade, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal. A incoerência do ato jurisdicional é evidente, pois compreende-se que a intervenção legislativa concretizadora não poderá ser destituída de razoabilidade ou racionalidade a ponto de suprimir o direito individual escrito. Por esta razão, na ausência da norma infraconstitucional reclamada é que José C. Vieira de Andrade sustenta:

Neste caso, o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, permitindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via inter-pretativa.³¹

A decisão do STF revela-se, então, fora dos parâmetros da proporcionalidade, pois a atividade jurisdicional, com o propósito de interpretar a Constituição, acabou por suprimir completamente a eficácia da garantia nela estabelecida. Mas, examinado sob o prisma da necessidade de preservação dos direitos fundamentais, o polêmico aresto superou o próprio limite de compreensão do conteúdo da restrição estabelecida. A redução do campo de atuação da posição jurídica jusfundamental mediatamente constitucional, ante a exigência de regulação por meio de lei complementar, deve atender o ideal de maximização das garantias individuais e coletivas. Requer-se, portanto, uma

³⁰ ANDRADE. Os Direitos. p. 256-257

³¹ ANDRADE. Os Direitos. p. 256-257

interpretação objetiva impedindo que la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social, como pretendia Friedrich Klein.³²

No último precedente a ser citado, o STF tem recorrido ao princípio da proporcionalidade para o exame das normas estaduais que fixam o valor das taxas e custas judiciais. Assim, o poder do Estado de estabelecer o montante da remuneração do serviço judiciário não permite reduzir o direito fundamental de acesso à jurisdição. Por esse motivo, tem considerado inconstitucional toda medida legislativa empenhada em cobrar a taxa judiciária ou custas em valores excessivos, por afetar a garantia do no art. 5º, XXXV da Constituição. Eis a posição sedimentada no Supremo:

DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ARTS. 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA “A” E INCISO XXXV, E 24, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). TAXA JUDICIÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E MULTA (ARTS. 5º E 14 DA LEI Nº 5.242, DE 24.01.1990, E LEI Nº 6.227, DE 21.03.1996, DO ESTADO DA PARAÍBA). CABIMENTO. MEDIDA CAUTELAR.

1. Não procede a preliminar suscitada nas informações da Assembleia Legislativa, no sentido do descabimento da Ação, sob a alegação de que a Taxa Judiciária em questão foi instituída por legislação anterior à Constituição Federal de 05.10.1988. É que, na inicial, só se impugna legislação posterior a essa data, ou seja, os artigos 5º e 14 da Lei nº 5.242, de 24.01.1990, e a íntegra da Lei nº 6.227, de 21.03.1996. E essa legislação pode, em tese, ser aciomada de violadora da Constituição vigente, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante esta Corte, em face do que dispõe o art. 102, I, “a”, da mesma Lei Mai-or. 2. Rejeita-se, pois, a preliminar. 3. Quanto à medida cautelar, verifica-se, sobretudo em face dos precedentes do Plenário, aqui referidos, que está satisfeito o requisito da plausibilidade jurídica da Ação (“*fumus boni iuris*”), no ponto em que impugna os arts. 5º e 14 da Lei nº 5.242, de 24.01.1990, e parte da Lei nº 6.227, de 21.03.1996, mais precisamente seu art. 2º, pois tais dispositivos, possibilitando a exigência de taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), pode inviabilizar, em certos casos, o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição (art. 5º, inc. XXXV). 4. Atendido, igualmente, nesses pontos, o requisito do “*periculum in mora*” ou da alta conveniência para a ordem jurídica e para a administração judiciária, como dever do Estado, já que, no curso do presente processo, tal obstáculo poderá ocorrer. 5. A.D.I. conhecida. 6. Medida cautelar deferida para se suspender, com eficácia “*ex nunc*”, a vigência dos artigos 5º e 14 da Lei nº 5.242, de 24.01.1990, e do art. 2º da Lei nº 6.227, de 21.03.1996, ambas do Estado da Paraíba.

A análise da jurisprudência demonstra que o STF oferece resistências ao exercício do controle judicial do mérito dos atos do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, que teve seus primeiros contornos na jurisprudência estadunidense no final do século passado, com forma de combater o intervencionismo estatal na atividade econômica, rendendo-se ao dogma liberal do

³² *apud* ALEXY. Teoría. p. 287

laissez-faire, ganhou importância quando aplicado aos direitos fundamentais no pós-guerra, principalmente na proteção de grupos sociais marginalizados. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, investido dos poderes da jurisdição constitucional, até agora deu tímidos passos na tentativa de se firmar no exercício criativo de uma jurisprudência concretizadora da Constituição. A crítica é dirigida a todos os momentos do Tribunal, mas assume especial relevância nos dias atuais em que toda a atividade legislativa tem sido orientada à reestruturação do Estado enquanto as ações governamentais passam ao largo do interesse pelas políticas públicas voltadas a conferir materialidade aos direitos insculpidos na Constituição.

4. Considerações finais

Este trabalho procurou demonstrar que o processo de afirmação do indivíduo na sociedade foi acompanhado de intensas disputas políticas centradas no combate ao exercício abusivo do poder pelo Estado. A positivação das declarações de direitos do homem no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais resultou das revoluções liberais. Elas propunham colocar o individualismo (principalmente econômico) no centro da ordem social. Desde então, o constitucionalismo opera como um importante arcabouço para a organização social e política da sociedade, vinculando a eficácia material da Constituição à concretização dos direitos fundamentais.

A Constituição formada pela vontade popular reúne princípios e valores, gestados no interior da sociedade, eleitos por sua relevância, para compor a base do ordenamento jurídico. É a partir desta concepção que se constrói a idéia de sistema aberto dos direitos fundamentais, adotando um critério de interpretação apartado das concepções jusnaturalistas e do positivismo jurídico, mas preocupado com a otimização dos conteúdos normativos. Embora esta posição não signifique a defesa da teoria sistêmica e suas tendências autopoiéticas, permite a compreensão de que o Estado avança com o indivíduo na assimilação de novos direitos de liberdade.

A doutrina dos direitos fundamentais aboliu a possibilidade de supremacia absoluta do catálogo de liberdades, por conta da inevitável colisão de interesses particulares (direitos subjetivos), além da necessidade de preservação de valores jurídicos comunitários que em condições muito peculiares se sobrepõem e limitam o livre agir individual. Assim, as restrições aos direitos fundamentais são admitidas desde que encontrem justificativas, explícita ou implicitamente, na Constituição. Devem ainda ser limitadas na justa medida para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos, razão pela qual a doutrina admite somente três tipos de restrições: as expressas (imediatamente admitidas no texto constitucional) ; da reserva de lei (mediatamente estabelecidas, dependendo sua implementação do legislador infraconstitucional); dos limites implícitos que, mesmo não previstos expressamente, resultem da

colisão de valores, em que se busca preservar bens e direitos constitucionalmente protegidos.

O processo de ponderação e concordância prática entre os inúmeros direitos protegidos ao nível constitucional sugere o emprego do princípio da proporcionalidade, quando se examina as leis restritivas. Sob o enunciado de que qualquer limitação feita com suporte na lei ou pela própria intervenção legislativa, deve ser adequada, necessária e proporcional, evitando que tais direitos fundamentais fiquem ao alvitre das imperfeições da atividade do representante ou mesmo à mercê do abuso de poder do administrador. O princípio da proporcionalidade, em sua dimensão hermenêutica, torna capaz de identificar as leis restritivas que, exacerbando os limites de atuação, vêm diminuir a extensão e o alcance no núcleo essencial dos direitos fundamentais. A concretização de princípios e valores sociais ancorados na Constituição vem respaldada na experiência do judiciário estadunidense com a aplicação da cláusula do substantive due process of law, estabelecendo um standart de justiça.

No exercício da jurisdição constitucional, o exame da razoabilidade e racionalidade das leis, torna-se postulado genérico de controle das restrições aos direitos fundamentais, bem como um meio de efetivação dos limites da soberania estatal necessária à segurança da organização democrática. A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem demonstrado, entretanto, a incipiente utilização do princípio da proporcionalidade, postura justificada pelo apego à concepção tradicional de separação de poderes, associada ao superado critério positivista de interpretação da Constituição. Por um lado isso leva à incompreensão e recusa do catálogo aberto dos direitos fundamentais, restringindo suas interpretações, que se exaurem nos limites do texto constitucional. De outro, o entendimento de que no exercício da competência e na atuação de cada poder do Estado estes não se comunicam entre si, o que resulta na desoneração do Judiciário com o compromisso de concretizar os direitos fundamentais, deixando a tarefa afeita apenas aos poderes Legislativo e Executivo.

A evolução do Estado moderno tem apoiado a pretensão de conciliação entre grupos e classes sociais conflitantes no mito da segurança jurídica. Uma contradição insolúvel, resultante das relações de poder geradas no sistema econômico, procura ser apaziguada pelo Estado que lança mão do paliativo da retórica da previsibilidade de sua atuação, e da garantia de defesa das liberdades negativas do indivíduo. Entretanto, a segurança jurídica ainda não alcançou o nível da sociedade que está longe de realizar as aspirações contratualistas, ficando a harmonia a depender da vigilância e violência do aparato estatal.

Paradoxalmente, a democracia brasileira, moldada pela Constituição que consagra a vocação para o Estado democrático de direito, tem atuado na contra-mão do processo de avanço social e evolução dos direitos individuais, exacerbando no plano fático das restrições aos direitos fundamentais. As atividades do Legislativo impulsionadas pelo Executivo, sempre referendadas pelo Judiciário, estão dirigidas para a reforma do Estado, notadamente uma modernização conservadora, que vem restaurar alguns dogmas do liberalismo clássico

diante de uma sociedade cada vez mais postulante e reivindicadora da intervenção estatal. O desmantelamento das esferas de proteção do indivíduo contra os poderes, seja aquele gerado no Estado, ou aqueles formados no interior da sociedade, já é percebido mais agudamente no processo de concretização dos direitos de segunda dimensão.

O *due process of law* herdado da tradição constitucional estadunidense, se apropriado em sua integralidade pelo judiciário brasileiro, pode conter o avanço das ações normativas e políticas destinadas a preservar a desigualdade econômica, favorecida pelo não intervencionismo estatal. O juízo de ponderação exigido pelo princípio da proporcionalidade envolve, de um lado, o interesse da sociedade civil, e de outro, poderosos grupos econômicos.

Referências bibliográficas

1. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;
2. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998;
3. BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996;
4. BARROSO, Luiz Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 1999.
5. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 8. edição - revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999;
6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1991;
7. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989;
8. DORIA, Antônio Roberto Sampaio. Direito constitucional tributário e “*due process of law*”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
9. FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a Honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996;
10. HAYEK, Friedrich. O Caminho da servidão. Trad. Leonel Vallandro. 2. Edição, Porto Alegre: Globo, 1977;
11. SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos, 1999;
12. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;
13. STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995;

14. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça. São Paulo: Malheiros, 1999;
15. WEBER, MAX. Economía y sociedad. 2. ed., 12. reimpressão. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.