

RESTRICÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Edilson Farias

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília
Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa
Catarina
Promotor de Justiça

1- Introdução

Não há controvérsias sobre o fato de que os direitos fundamentais não são ilimitados. Já a declaração Francesa de 1789 estabelecia que os direitos têm como limites os direitos de outros membros da sociedade e que estes limites apenas poderiam ser determinados por lei. Textualmente:

- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 4º).

Outrossim quando se manuseia o texto constitucional em vigor entre nós, observa-se claramente que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições. São exemplos de restrições aos direitos fundamentais em nossa Constituição Federal os seguintes enunciados normativos ¹:

- ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (Grifado - art. 5º, VIII);

- todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente (Grifado - art. 5º, XVI).

Não há problemas, pois, em admitir-se restrições aos direitos fundamentais. As controvérsias surgem unicamente com relação às questões referentes ao conteúdo, alcance e limites das restrições, bem como quanto à distinção entre restrição, por uma parte, e coisas tais como conformação, concretização, densificação e configuração, por outra ². Daí a necessidade de uma

sistematização clara, lógica e racional, a fim de que se possam reduzir as controvérsias e ambigüidades sobre o tema das restrições dos direitos fundamentais.

2 - Conceito de restrição

A restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de fato³ desse direito fundamental. Por exemplo: o pressuposto de fato estabelecido pelo art. 5º, IV da Constituição Federal em vigor (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) alcança todas as hipóteses práticas de se manifestar o pensamento. A proibição do anonimato na referida disposição de direito fundamental constitui uma restrição porque limita a proteção constitucional da manifestação do pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua identidade.

Portanto, na aludida norma constitucional pode-se vislumbrar duas coisas: (1) o direito fundamental em si (a liberdade de manifestação do pensamento) e (2) a sua restrição (proibição do anonimato).⁴

3 - Tipos de restrições

Uma sistematização das restrições dos direitos fundamentais conforme a Constituição Federal vigente comporta a classificação em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada) e restrições tácitas constitucionais.⁵

3.1 - Restrições diretamente constitucionais

As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. Além do art. 5º, IV da Constituição Federal já aludido, são exemplos:

- a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (Grifado - CF, art. 5º, XI);

- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (Grifado - CF, art. 5º, XVII).

Como se observa nos exemplos acima mencionados, no texto constitucional que consagra o direito fundamental encontra-se também estatuída a restrição do direito fundamental garantido.

Em suma: a Constituição assegura e restringe diretamente o direito fundamental.

3.2 - Restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada)

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram previstas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las através de leis infraconstitucionais. Exemplos:

- é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (Grifado - CF, art. 5º, XIII);
- a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (Grifado - CF, art. 5º LX).

Como se verifica nos exemplos acima transcritos, no texto constitucional que assegura o direito fundamental não se encontra a restrição do direito fundamental garantido, mas somente a previsão de que a lei poderá estabelecer a restrição.

Em suma: a Constituição garante e restringe indiretamente o direito fundamental.

Cumprir evocar que a autorização constitucional (competência do legislador ordinário) para a lei estabelecer restrições aos direitos fundamentais (tecnicamente denominada de reserva de lei restritiva) pode ocorrer de duas formas: reserva de lei restritiva simples e reserva de lei restritiva qualificada.

Tem-se a reserva de lei restritiva simples quando a Constituição não determina requisitos ou qualificações para a lei. A norma constitucional simplesmente autoriza a restrição *tout court*. Exemplos:

- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (Grifado - CF, art. 5º, XV);
- o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei (Grifado - CF, art. 5º, LVIII).

Sucedem a reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição fixa requisitos ou objetivos para a lei restritiva, e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição ao direito fundamental. Exemplos:

- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de

dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Grifado - CF, art. 5º, XII);

- a lei estabelecerá procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (Grifado - CF, art. 5º, XXIV).⁶

3.3 - Restrições tácitas constitucionais

Admite-se que a Constituição autoriza tacitamente tanto o legislativo como o judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o escopo de resolver ou evitar, no plano da eficácia social, os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos (segurança pública, saúde pública, etc.).⁷

Por exemplo: sucede com freqüência, na vida social, colisão da liberdade de expressão e informação (CF, art. 5º, IX) com o direito à privacidade (CF, art. 5º, X).⁹ Para solucionar tal colisão, através da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes em determinadas circunstâncias. Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, estará impedido constitucionalmente de restringir quaisquer dos direitos colidentes através das técnicas da concordância prática ou ponderação de valores no exame do caso sub judice.¹⁰

4 - Restrição e configuração

Nem toda reserva de lei, ou seja, autorização constitucional para elaboração de lei atinente aos direitos fundamentais significa uma restrição. Em vários casos, em vez de limitar o âmbito de proteção de um direito fundamental (restrição), o que a lei faz é determinar ou regulamentar, com mais precisão, o âmbito de proteção desse direito fundamental. A lei configura, então, o conteúdo do direito fundamental em questão.

Para nomear essa modalidade de intervenção do legislador na área dos direitos fundamentais, a doutrina constitucional utiliza-se de vários termos: configuração, conformação, concretização, densificação, dentre outros.

São exemplos de reserva de lei configurativa de direito fundamental na Constituição Federal em vigor:

- o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (Grifado - art. 5º, XXXII);

- é garantido o direito de propriedade (art. 5º, XXII).

No primeiro exemplo citado, como sabemos, a lei elaborada (a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor) dispõe sobre a proteção do consumidor, configurando os seus direitos ao invés de limitá-los.

No segundo exemplo invocado, conquanto o enunciado constitucional não contemple expressamente a intervenção legislativa no âmbito do direito fundamental de propriedade, a necessidade dessa intervenção para configurar o conteúdo do direito em questão constitui mesmo pressuposto para o exercício do direito de propriedade. Basta lembrar que é a lei infraconstitucional (o Código Civil, nos arts. 524 a 673) quem estabelece, v.g., os poderes do titular do direito de propriedade, seus deveres e como se adquire, transfere-se ou perde-se a propriedade.

Importa notar ainda que um critério indicado para diferenciar a restrição da configuração consiste no fato de que os enunciados de normas constitucionais que tratam sobre configuração referem-se geralmente a uma categoria particular de direitos fundamentais que a doutrina constitucional chama de garantias institucionais. A formulação dogmática dessa categoria jurídica deve-se, principalmente, a Carl Schmitt. Segundo este autor, a Constituição pode garantir uma especial proteção a determinadas instituições com o objetivo evitar a supressão dessas instituições por meio de legislação infraconstitucional.¹¹ Assim, são exemplos de garantias institucionais: o matrimônio (CF, art. 226, §1º),¹² a propriedade (CF, art. 5º, XXII), a herança (CF, art. 5º, XXX).¹³

5 - Limites ao poder de restrição do legislador ordinário

Como vimos, os direitos fundamentais não são intangíveis. Encontram-se suscetíveis a restrição. No entanto, poderá ocorrer abusos no processo de estabelecimento da restrição aos direitos fundamentais. Notadamente poderá suceder que, às vezes, a lei restritiva, em vez de limitar o âmbito de proteção do direito fundamental, acabe descaracterizando, ou até mesmo aniquilando o direito fundamental, inviabilizando o seu exercício na vida social. Tal seria o caso de lei que, a pretexto de regulamentar o direito fundamental de greve (CF, art. 9º),¹⁴ determinasse rigorosas exigências que impedissem, na prática, a fruição desse direito fundamental pelos trabalhadores.

Portanto, para evitar possíveis arbitrariedades das leis restritivas de direitos fundamentais, a doutrina constitucional tem-se empenhado em desenvolver

critérios racionais para controlar a discricionarietà da interpositio legislatoris referente à restrição de direitos fundamentais.

Examinaremos aqui dois desses critérios: o núcleo essencial e a máxima da proporcionalidade como limites às leis restritivas de direitos fundamentais, tendo em vista a atenção que têm recebido da doutrina constitucional contemporânea. Embora não previstos explicitamente em nosso texto constitucional vigente, é perfeitamente plausível invocar a validade do núcleo essencial e da máxima da proporcionalidade em nosso sistema jurídico, como demonstraremos em seguida.¹⁵

5.1 - Núcleo essencial

A compreensão do núcleo essencial como limite às leis restritivas, vale dizer, no sentido de evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à mercê do legislador, não apresenta grande dificuldade. O problema reside na formulação do conceito de núcleo essencial ou na tarefa de definir seu conteúdo. "La sua concreta determinazione si presenta come uno dei compiti più ardui che il Grundgesetz abbia assegnato alla teoria ed alla prassi del diritto costituzionale"¹⁶

Duas questões básicas acerca do tema são geralmente abordadas. A primeira diz respeito ao objeto do núcleo essencial: direito individual ou garantia objetiva? A segunda refere-se ao valor do núcleo essencial: valor absoluto, ou depende da sua confrontação com outros direitos e bens?¹⁷

a) objeto do núcleo essencial:

Com relação ao objeto do núcleo essencial, existem duas teorias que se defrontam: a teoria objetiva e a teoria subjetiva.

Para a teoria objetiva, o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção geral e abstrata prevista na norma, de modo a evitar que "la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la maior parte de ellos o, en general, para la vida social"¹⁸

Segundo a teoria subjetiva, o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental do particular de tal modo que "em caso algum pode ser sacrificado o direito subjectivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado"¹⁹

A tendência doutrinária é no sentido de considerar compatíveis entre si as teorias objetiva e subjetiva.

Segundo Alexy, , por serem os direitos fundamentais posições primariamente do indivíduo, o caráter individual dos direitos fundamentais implica que a teoria subjetiva deve aparecer, pelo menos, ao lado da teoria objetiva.²⁰

De acordo com Canotilho, a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais porque: (a) a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo, pois, irrealista uma teoria subjetiva desconhecadora disso "(ex.: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso)"; (b) a garantia do núcleo essencial por sua vez não pode descuidar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, em consequência, deve-se evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental "(ex.: proibição de prisão perpétua ou pena de morte que violariam o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida)."²¹

b) valor do núcleo essencial:

Aqui também terçam armas duas estratégias opostas: a teoria absoluta e a teoria relativa.

Segundo Vieira de Andrade, o núcleo essencial, para a teoria absoluta, consistiria em um núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato. Por sua vez, a teoria relativa reconduziria o núcleo essencial ao atendimento da máxima da proporcionalidade. Isto é, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para realização de outro direito ou bem constitucionalmente protegido e só na proporção que essa exigência imponha ao direito fundamental.

O aludido autor considera que o núcleo essencial constitui um mínimo de valor inatacável, uma proibição absoluta. O núcleo essencial não poderia ser afetado, mesmo que um bem considerado superior o exigisse, "não tanto porque consideremos pensável uma situação desse tipo, mas porque sempre é possível que o legislador invoque uma aparência com esse fim."²²

Para Vieira de Andrade, esse limite absoluto que constitui o núcleo essencial é representado pela "dignidade do homem concreto como ser livre". Ou seja: se outros princípios ou valores constitucionais exigirem a restrição de direito fundamental, "a ideia do homem como ser digno e livre" revela-se como um limite intransponível para o poder de restrição.²³

Outrossim, Jorge Miranda é da opinião que o núcleo essencial funciona como um limite absoluto: "afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última, permanente e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga,

não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito".²⁴

Robert Alexy é adepto da teoria relativa. No seu entender, o núcleo essencial "es aquello que queda después de una ponderación". A garantia do núcleo essencial equivale ao respeito da máxima da proporcionalidade. Se, desde o ponto de vista do direito constitucional, os interesses da sociedade têm um peso maior que a proteção da vida privada, necessariamente precedem a esta. Quando a teoria absoluta assevera, por seu turno, que existem posições em relação às quais não existe nenhuma razão superior que as despreze, em certa medida baseia-se na teoria relativa: existem situações nas quais se pode afirmar com muita segurança que inexistem precedência de qualquer outro princípio oposto. Porém, "el carácter absoluto de su protección es una cuestión de las relaciones entre los principios. No puede excluirse una constelación en la cual principios opuestos tienen precedencia".²⁵

Na verdade, as diferenças dessas duas leituras do núcleo essencial - teoria absoluta e relativa - terminam por conduzir, na prática, a resultados semelhantes.²⁶ O que importa, para além das discussões teóricas, "será ir fixando o percurso dos direitos, através do conhecimento da sua formação histórica, do cotejo comparativo, da experiência jurisprudencial, da protecção penal, e depois subir até a um sentido rigoroso na arquitectura da Constituição".²⁷

5.2 - Regra da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade,²⁸ como limite às leis restritivas de direitos fundamentais, traduz-se numa vedação de excesso de modo que a autorização constitucional conferida ao legislador ordinário para impor restrição ao âmbito do direito fundamental não desborde em intervenção desarrazoada ou desproporcional.²⁹ Vale dizer, constitui instrumento de controle das restrições aos direitos fundamentais a fim de que estas "sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan, y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos".³⁰ Em suma, a regra da proporcionalidade exige que a lei restritiva utilize os meios adequados e necessários aos fins colimados, bem como pondere os bens jurídicos constitucionalmente protegidos em jogo.³¹

Conforme já esboçado acima, a regra da proporcionalidade, agindo como barreira às leis restritivas de direitos fundamentais, na sua configuração atual, não constitui um standard difuso, mas um conceito operacional cujo conteúdo encontra-se em grande parte delineado nas exigências de adequação, necessidade e ponderação da medida restritiva. É o que a doutrina denomina de requisitos intrínsecos ou máximas parciais da regra da proporcionalidade.

A regra da adequação ou da idoneidade, como máxima parcial da regra da proporcionalidade em sentido amplo, impõe que a medida restritiva de direito fundamental deva ser idônea e adequada ao fim proposto baseado no interesse público. "Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim".³²

A regra parcial da necessidade ou da exigibilidade, como máxima parcial da regra da proporcionalidade em sentido amplo, exige que a medida restritiva de direito fundamental utilize, tendo em vista o esquema meio-fim, o meio menos gravoso ou mais suave para a consecução do fim baseado no interesse público. Aqui a doutrina acrescenta ainda outros elementos para dotar a regra da necessidade de maior operacionalidade prática: "a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais 'poupado' possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados".³³

A regra da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, como máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo significa que, sendo a medida restritiva de direito fundamental adequada e necessária, cumpre ainda examinar, "mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada com la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá consierarse inadmisibile...".³⁴

6 - Considerações finais

Conforme exposto, apesar de seu conspícuo valor para a proteção da pessoa humana, os direitos fundamentais não são ilimitados. Podem ser restringidos para salvaguardar outros direitos e/ou bens coletivos também garantidos pela Superlege. As controvérsias começam a surgir quanto ao conteúdo, alcance e limites das restrições impostas aos direitos fundamentais, bem como no que diz respeito à distinção entre normas restritivas e normas configurativas de direitos fundamentais, dentre outros temas afins.

Uma proposta atinente às sobreditas controvérsias, aplicável ao arco do direito constitucional pátrio, fulcrada na doutrina constitucional hodierna mais refinada, constitui a sistematização das restrições impostas aos direitos fundamentais consignados na Constituição Federal de 1988 em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei simples e qualificada) e restrições tácitas.

Nessa ordem de idéias, cumpre evocar que, embora nem toda intervenção realizada no âmbito de um direito fundamental constitua uma restrição (limitação do âmbito de proteção do direito fundamental), pois às vezes o que a lei faz é determinar ou regulamentar com mais precisão o conteúdo do direito fundamental (configuração), nos casos específicos de restrição, entretanto, o legislador tem limites, maxime aqueles gizados pelo núcleo essencial e a máxima da proporcionalidade. Vale dizer: a lei restritiva não deve atingir o "coração" do direito fundamental em questão, desfigurando-o, a pretexto de regulamentá-lo e, igualmente, o legislador ordinário não deve impor medida restritiva ao direito fundamental inadequada, desnecessária e sem ponderação dos valores em jogo (máximas parciais da regra da proporcionalidade). Em suma, lei ocisiva de núcleo essencial do direito fundamental ou da regra da proporcionalidade será manifestamente inconstitucional.

7 - Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert - Teoria de los derechos fundamentales. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra : Almedina, 1987.
- BARROS, Suzana de Toledo - O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- BONAVIDES, Paulo - Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- CANAS, Vitalino - O princípio da proibição do excesso na constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge - Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. v. II. Coimbra : Ed. Coimbra, 1997, p. 323-357.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra : Almedina, 1998.
- FARIAS, Edilson Pereira de - Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed., Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000.
- GIMENDO SENDRA, Vicente - proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid : COLEX, 1990.
- GROSSI, Pierfrancesco - Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana. Padova : CEDAM, 1972.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago - Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge - Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. v. I. Coimbra : Ed. Coimbra, 1996, p. 249-261.
- _____. O princípio constitucional da proporcionalidade. In: _____. Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza : Ed. Universidade Federal do Ceará, 1989, p.

69-91.

_____. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: _____. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo : Celso Bastos, 1999, p. 61-83.

HESSE, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira - A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo : Celso Bastos, 1998, p. 27-66.

_____. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo : Celso Bastos, 1998, p. 67-83.

MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional. v. IV. Coimbra : Ed. Coimbra, 1988.

PEDROLLO, Gustavo Fontana - Proporcionalidade e sistema jurídico em Robert Alexy. In: DOBROWOLSKI, Silvio - A constituição no mundo globalizado. Florianópolis : Diploma Legal, 2000, p. 157-182.

SHCÄFER, Jairo Gilberto - Restrições a direitos fundamentais. In: DOBROWOLSKI, Silvio - A constituição no mundo globalizado. Florianópolis : Diploma Legal, 2000, p. 183-204.

SCHIMITT, Carl - Teoría de la constitución. Madrid : Alianza, s.d.

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

1. Com respeito ao conceito de enunciado normativo v. Robert Alexy - Teoría de los derechos fundamentales, p. 50-55.

2. Nesse sentido Robert Alexy - op. cit., p. 267, in verbis: "El concepto de restricción de un derecho fundamental no parece presentar problemas; éstos resultan exclusivamente de la determinación del contenido y alcance permitidos de las restricciones como así también de la distinción entre restricción, por una parte, y cosas tales como regulaciones, configuraciones y concreciones, por otra".

3. Convém lembrar que o âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito fundamental refere-se aos bens ou realidades (vida, liberdade, religião, etc.) protegidos pela disposição normativa que prevê o direito fundamental. Sobre o conceito de âmbito normativo ou pressuposto de fato e a estrutura da norma jurídica (proposição jurídica), v., dentre outros, J.J. Gomes Canotilho - Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1077 e 1131; Edilson Pereira de Farias - Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, p. 33.

4. Na verdade, sobre a temática das restrições dos direitos fundamentais existem pelo menos duas teorias. Na primeira, chamada de teoria externa, o "El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas - el derecho y sus restricciones". Na segunda, denominada de teoria interna, "no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de 'límites' en lugar de 'restricciones', se habla de 'restricciones inmanentes'" (Robert Alexy, op. cit., p. 268-269). Como se infere do conceito de restrição formulado no texto acima, optou-se pela teoria externa. A justificação dessa escolha deve-se, ainda conforme Robert Alexy (idem, p. 271 e 315), além da teoria externa mostrar-se mais apropriada ao modelo dos princípios, também ao fato de "un ciudadano considerará más honesto y convincente ... que un no otorgamiento de la protección iusfundamental sea fundamentado aduciendo que a ello se oponen derechos fundamentales de terceros o intereses de la comunidad que deben ser tomados en cuenta en virtud de la Constitución, que cuando se le dice que su comportamiento no está abarcado por leyes objetivamente específicas o generales o que está excluido de la protección iusfundamental, desde el comienzo, por no pertenecer al ámbito protegido".

5. Algo semelhante a classificação em tela: restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas) e restrições indiretamente constitucionais (Robert Alexy - op. cit., p. 276-286); (1) limites ou restrições constitucionais imediatos; (2) limites ou restrições estabelecidos por lei e (3) limites imanentes ou limites constitucionais não escritos (J. J. Gomes Canotilho - op. cit., p. 1142-1143).

6. Sobre o assunto reserva de lei, dentre outros, Robert Alexy - op. cit., p. 282-286; Gilmar Ferreira Mendes - Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional, p. 34.

7. Apesar da relevância prática das restrições tácitas constitucionais, contudo, tem-se como indesejável a assertiva de Suzana de Toledo Barros (O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 150) de "que ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despicienda a autorização constitucional para tanto". A existência de um tal poder elástico poderia ter como consequência deixar os direitos fundamentais à disposição do legislador, subvertendo o postulado de que "não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais" (Edilson Pereira de Farias, op. cit., p. 89). Daí, afigura-se indispensável a autorização constitucional para impor a restrição embora a autorização constitucional possa ser pressuposta desde que a restrição seja justificada para atender os requisitos mencionados da colisão de direitos ou do conflito destes com bens e interesses coletivos protegidos pela Constituição. Portanto, seria ilegítima a restrição imposta somente com base em um suposto "poder geral de

conformação" do legislador.

8.- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

9.- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

10. Parte da doutrina refere-se a esta modalidade de restrições tácitas constitucionais como sendo "limites imanentes", enveredando, assim, na direção da teoria interna das restrições, com as conseqüências já apontadas na nota 4; v.g., José Carlos Vieira de Andrade - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 215-219; Suzana de Toledo Barros - O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 166-168.

11. SCHMITT, Carl - Teoría de la Constitución, p. 175.

12.- O casamento é civil e gratuita a celebração.

13.- é garantido o direito de herança. Gilmar Ferreira Mendes (op. cit., p. 41) intitula as garantias institucionais de "Direitos Fundamentais como Normas de Proteção de Institutos Jurídicos". Ademais, de acordo com o seu entendimento: "o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII) ... são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativos" (idem, ibidem).

14.- É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses devam por meio dele defender. §1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (Grifado).

15. Além dos critérios acima referidos existem outros. Por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1976 assim dispõe sobre os limites às leis restritivas de direitos fundamentais: "2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" (art. 18º, n. 2 e n.3).

16. GROSSI, Pierfrancesco - Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana, p. 151.

17. CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 418.

18. ALEXY, Roberty - op. cit., p. 286 e ss.

19. CANOTILHO, J.J. Gomes - op. cit., p. 419.

20. ALEXY, Roberty - op. cit., p. 288.

21. CANOTILHO, J.J. Gomes - op. cit., p. 419.

22. ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 233 e ss.

23. ANDRADE, José Carlos Vieira de - idem, p. 236.

24. MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, 309.

25. ALEXY, Robert - op. cit., p. 286 e ss.
26. ANDRADE, José Carlos Vieira de - op. cit., p. 234.
27. MIRANDA, Jorge - op. cit., p. 309. Críticas às teorias absoluta e relativa são formuladas por Pierfrancesco Grossi (op. cit., p. 149 e ss) ao abordar sobre il problema del contenuto essenziale dei diritti inviolabili, bem como por Konrad Hesse (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, p. 266-268) ao tratar sobre a interpretação da garantia do conteúdo essencial do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental.
28. As oscilações semânticas sobre o assunto em exame são significativas. A doutrina constitucional utiliza várias expressões, tais como: "princípio da proporcionalidade" ou "mandamento da proibição de excesso" (mais utilizadas na Europa continental); princípio da razoabilidade (preferida pelo sistema jurídico da common law). Entre nós, a expressão "princípio da proporcionalidade" vem sendo a mais empregada na doutrina (vg., Willis Santiago Guerra Filho - Princípio Constitucional da Proporcionalidade; Paulo Bonavides - Curso de Direito Constitucional, p. 356-397; Suzana de Toledo Barros - O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais; Raquel Denize Stumm - Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro). Contudo, Robert Alexy prefere a locução "máxima da proporcionalidade" à expressão "princípio da proporcionalidade" uma vez que os princípios exigem sempre a ponderação para a sua aplicação. E como a "máxima da proporcionalidade" não se presta à ponderação, no sentido de que algumas vezes tem precedência e outras não - pois o que se questiona é se a "máxima da proporcionalidade" está ou não satisfeita, sendo o seu descumprimento equivalente a ilegalidade - a "máxima da proporcionalidade" estaria mais apropriadamente catalogada como regra (op. cit., p. 112, n. 84). Nesse sentido, optou-se no texto acima pela frase "regra da proporcionalidade", pois no modelo do sistema jurídico composto de regras e princípios (modelo que vem sendo defendido pela doutrina contemporânea) "o mandamento da proporcionalidade" possui as características mais de regra do que de princípio, conforme mostrado por Robert Alexy.
29. Não é plausível o motivo que levou Raquel Denize Stumm (op. cit., p. 137-147), ao abordar sobre o tema das "restrições aos direitos fundamentais", tenha unicamente feito referência ao núcleo essencial como "restrição às restrições", olvidando da regra da proporcionalidade.
30. GIMENO SENDRA, Vicente - Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, p. 17.
31. Cumpre observar que embora a regra da proporcionalidade tenha no controle da restrição um momento privilegiado de sua aplicação (Paulo Bonavides - Curso de direito constitucional, p. 359), contudo, ela não se limita a esse mister. É aplicada também no caso de reserva de lei configurativa para aferir se a concretização do conteúdo do direito fundamental operou com justa medida e razoabilidade. Além disso, conforme J. J. Gomes Canotilho (op. cit., p. 264) a regra da proporcionalidade estende-se "a todas as espécies de actos

dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição" e, conseqüência, acrescentamos, espraia-se pelos diversos ramos do direito.

32. CANOTILHO, J. J. Gomes - op. cit., p. 262.

33. CANOTILHO, J. J. Gomes - Idem, ibidem.

34. GIMENO SENDRA, Vicente - op. cit., p. 225. Conquanto no Brasil a regra da proporcionalidade não possua previsão expressa em enunciado da Constituição Federal de 1988, entretanto, ela é considerada pela doutrina como uma norma constitucional implícita com sedes materiae no art. 5º, LIV (cláusula do devido processo legal); ou no art. 5º, §2º (o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos fundamentais); ou no art. 5º, II (no sentido de complementar o princípio da reserva de lei e convertendo-se em princípio da reserva de lei proporcional), dentre outros fundamentos apontados. Aliás, cabe mencionar que o mandamento da proporcionalidade geralmente não se encontra explícito nas disposições de direito internacional e nos textos constitucionais contemporâneos. Por exemplo, as Constituições da Alemanha, da Suíça, da Áustria, da Espanha, da França e da Itália não contemplam expressamente a regra da proporcionalidade. A Constituição Portuguesa de 1976 é uma exceção. O seu art. 18º, n. 2 prevê expressamente a aplicação da regra da proporcionalidade para o caso de restrição de direitos fundamentais.
