

**PROCUSTO E O MITO DA FORMA: O CONTEÚDO ESSENCIAL COMO LIMITE
ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROBLEMA DA
REDUÇÃO DA EFICÁCIA DAS NORMAS**

**PROCUSTE ET LE MYTHE DE LA FORME: LE CONTENU ESSENTIEL COMME
LIMITE AUX RESTRICTIONS DES DROITS FONDAMENTAUX ET LE
PROBLÈME DE LA RÉDUCTION DE LA EFFICACITÉ DES NORMES**

AMANDA COSTA THOMÉ TRAVINCAS

RESUMO

RESUMO: O presente artigo tem como objeto a análise teórica do problema da eficácia das normas de direitos fundamentais em face de suas restrições e sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, problematiza-se a função dos limites formais e materiais às restrições de direitos, especialmente o assim designado conteúdo essencial, a fim de compreender se, tal como trabalhado pela dogmática constitucional brasileira, o mesmo constitui um método capaz de garantir a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, ou se, ao contrário, contribui para reduzi-la.

PALAVRAS-CHAVE: Restrições de direitos fundamentais. Limites às restrições de direitos fundamentais. Conteúdo essencial. Eficácia das normas de direitos fundamentais.

RESUME

RESUMÉ: Cet article se concentre sur l'analyse théorique du problème de l'efficacité des normes de droits fondamentaux en face de ses restrictions et son application par le Supremo Tribunal Federal. À cette fin, s'interroge sur la fonction des limites formelle et matérielle aux restrictions de droits, en particulier, le contenu essentiel, pour comprendre si, comme parle la dogmatique constitutionnel brésilienne, il est un méthode qui peut garantir l'efficacité maximale des normes de droits fondamentaux, ou si, au contraire, contribue à la réduire.

MOTS-CLES: Restrictions des droits fondamentaux; Limites aux restrictions des droits fondamentaux ; Contenu essentiel; L'efficacité des normes des droits fondamentaux

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As restrições e limitações de direitos fundamentais: das teorias puristas às visões híbridas; 3. O controle formal e material das restrições de direitos fundamentais; 4. O conteúdo essencial como limite às restrições de direitos fundamentais; o problema da redução, por via transversa, da eficácia das normas; e o dever de coerência: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 511961/ SP, que pôs fim à exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se dado, em sede de dogmática constitucional, particular atenção à questão das restrições e limitações dos direitos fundamentais. Não sem razão. O tema ocupa um lugar central no âmbito da assim chamada teoria dos direitos fundamentais, podendo-se estabelecer relações, a partir dele, com os mais diversos seguimentos daquela, entre os quais, vale destacar, o problema da eficácia e da efetividade das normas de direitos fundamentais; a sua incidência nas relações privadas; a titularidade desses direitos e a interpretação constitucional. O tema mereceu ainda maior atenção, ao compreender-se que considerar a possibilidade de restringir ou limitar direitos fundamentais seria assumir o risco, ao menos potencial, de erosão das normas constitucionais, razão pela qual, a sistematização, ainda prefacial no direito brasileiro, de uma teoria das restrições e limitações dos direitos foi – assim como ocorrera em outros países – acompanhada de uma teoria dos limites.

O presente artigo toma como objeto de análise os assim designados limites às restrições de direitos fundamentais, a fim de compreender se, e de que modo, os mesmos constituem instrumentos hábeis a garantir a máxima eficácia das normas constitucionais. Nesse particular, em razão da relativa escassez de discussão aprofundada sobre o tema no Brasil, estabelece-se, como corte epistemológico, a questão da eficácia da proteção do conteúdo essencial como limite às restrições de direitos fundamentais.

A hipótese da qual se parte é a de que a sedimentação de todo o arcabouço teórico sobre os limites às restrições de direitos fundamentais, e, em especial, sobre a proteção do conteúdo essencial dos direitos, não foi acompanhada de uma razoável aplicação prática de suas principais diretrizes, o que contribuiu para o estabelecimento de um profundo hiato entre a teoria dos limites e sua realização ou, em alguns casos, a completa sublevação da teoria em proveito das mais distintas e contraditórias decisões.

Supõe-se que a superação desse fosso – se possível – exige a compressão do Direito como um todo coerente. Se é certo que, de antemão, deve-se abandonar a pretensão de estabelecer precisamente o conteúdo dos direitos fundamentais, isto não conduz, necessariamente, à conclusão de que qualquer conteúdo possa ser atribuído a eles. Por essa razão, deve-se abandonar o ideal de certeza, sem, contudo, abrir mão do de coerência.

Para esse fim, o presente estudo subdivide-se em três partes principais. Em um primeiro momento, propõe-se a realizar uma revisão teórica acerca das restrições e limitações de direitos fundamentais. Nesta ocasião, além de uma breve introdução a noções elementares como normas de direitos fundamentais, suporte fático e âmbito de proteção dos direitos, apontam-se, em linhas gerais, as características e especificidades das chamadas teorias interna

e externa, bem como das teorias aqui consideradas "híbridas" que, sem se filiar a qualquer destas visões puristas, apontam alternativas a compreensão do tema. Na oportunidade, questões transversas como o problema das restrições não expressamente autorizadas e da (in)diferença entre restrições e configurações de direitos fundamentais são igualmente trabalhadas, ainda que de forma epidérmica.

Feito isso, trata-se, em um segundo momento, do controle formal e material das restrições de direito fundamentais. Contudo, considerando a amplitude do tema, afasta-se, em primeira linha, discussões que demandariam análise aprofundada e particular, tais como o problema dos limites ao poder de reforma constitucional e a proibição de retrocesso, embora, como é óbvio concluir, tais temas tenham inquestionável relevância no cenário jurídico-constitucional brasileiro. O que se quer, neste momento, é conferir tratamento específico aos limites formais às restrições de direitos – quais sejam, clareza, determinação, generalidade, abstração e irretroatividade - e aos seus limites materiais – proporcionalidade e proteção do conteúdo essencial -, bem como demonstrar, oportunamente, as relações que se estabelecem entre eles.

Por fim, analisam-se os (des)caminhos da aplicação da noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, bem como sua (ainda) relativa (in)capacidade de, de modo coerente – ou fundamentado, o que é o mesmo – determinar, em casos concretos, o conteúdo essencial dos direitos em espécie. A solução apontada, ainda que de forma embrionária, para a superação da idéia de que a porosidade do conceito de conteúdo essencial é razão para se concluir pela sua ineficácia como limite, é, tal como apontado, a compreensão do Direito como um todo (possivelmente) coerente.

Se é certo que, tal como Procusto¹, o Direito parece sofrer os prejuízos da ditadura das formas, ao lançar mão de categorias indeterminadas - tal como a idéia de conteúdo essencial dos direitos fundamentais - que ao tudo querer justificar, nada consistentemente justifica, constituindo, de resto, pura forma esvaziada, não há – pelo menos à primeira vista – razão alguma para que isto seja necessariamente assim. É o que o presente trabalho empenha-se em demonstrar.

Eis o que segue.

¹ O Mito de Procusto, na mitologia grega, é o símbolo da imposição de padrões e do prestígio desmedido pela forma.

2. AS RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DAS TEORIAS PURISTAS ÀS VISÕES HÍBRIDAS

A possibilidade de se restringir ou limitar direitos fundamentais é, com algum consenso, admitida pela dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre, contudo, isto foi assim. As principais críticas em desfavor das relativizações – isto é, restrições ou limitações – dos direitos apontaram, não sem razão, sobretudo para a possibilidade de esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais; transformação dos direitos em meras garantias formais; desprestígio da posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico; transformação do legislador ordinário em constituinte de fato e realização de restrições ou limitações de qualquer índole². A superação, pelo menos formal, dessas críticas foi possível desde o estabelecimento, junto à teoria das restrições e limitações de direitos, de uma teoria dos limites.

A discussão sobre a possibilidade de relativização dos direitos foi, então, substituída pela análise do que pode (e deve) ser restringido ou limitado dos direitos fundamentais e até onde isto é possível³. O que se quis, portanto, foi demonstrar que restrições ou limitações de direitos podem ser legítimas, ou ainda, que há amparo constitucional para que aquelas se realizem, sem pôr em risco a própria existência dos direitos. Por via transversa, o objetivo tornou-se estabelecer o conteúdo efetivamente protegido pelas normas de direitos fundamentais, ou, o que é o mesmo, determinar o âmbito de proteção dos direitos em espécie⁴.

A fim de definir o conteúdo protegido pelos direitos fundamentais, costuma-se apontar como necessária a compreensão prévia acerca da estrutura das normas destes direitos⁵. Admitindo-se que normas de direitos fundamentais são regras, cuja aplicação se dá a maneira do tudo ou nada, tem-se, com a previsão de direitos fundamentais, mandados, proibições ou permissões de conteúdo definitivo. Por sua vez, considerando-se que normas de direitos fundamentais são princípios, cuja realização se dá na maior medida possível, tem-se, com a previsão de direitos fundamentais, condutas e situações não definitivamente protegidas. Disto se conclui que, enquanto normas-regras de direitos fundamentais estabelecem âmbitos

² Sobre as críticas, cf. ALCALÁ, Rodolfo Vidal Gómez. *La ley como limite de los derechos fundamentales*. México: Porruá, 1997. p. 199-203 e PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7 ed. Madrid: Tecno, 1998. p. 74.

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 276.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina: 2003. p. 1262.

⁵ Para a diferença estrutural das normas de direitos fundamentais, cf. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 47-53.

de proteção restritos e definitivos, normas-princípios admitem âmbitos de proteção amplos, mas provisórios⁶.

Seguindo este mesmo passo, pode-se estabelecer, ainda, uma relação entre o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais, sua estrutura (regra ou princípio) e o seu suporte fático. Assim, compreendendo-se que o suporte fático de uma norma é constituído por seu âmbito de proteção e pelas intervenções em seu conteúdo⁷, tem-se que normas-regras de direitos fundamentais possuem, além do âmbito de proteção restrito e definitivo, o suporte fático limitado. Isto porque, tal como apontado, desde o início são excluídas da esfera normativa condutas e situações não protegidas. Normas-princípios de direitos fundamentais possuem, por sua vez, suporte fático alargado, embora definido, formado por um âmbito de proteção amplo e não definitivo, sobre o qual podem incidir intervenções que, se não fundamentadas, constituirão restrições ilegítimas ao conteúdo dos direitos fundamentais⁸.

Tal encadeamento parece ser necessário, ao menos para aqueles que partilham de concepções puristas acerca das restrições ou limitações de direitos fundamentais expressas, respectivamente, pelas assim chamadas teorias interna e externa⁹, a seguir expostas.

A teoria interna ou das limitações de direitos fundamentais compreende que o problema da definição do âmbito de proteção de um direito é, fundamentalmente, uma questão de delimitação de seu conteúdo imanente¹⁰. Sob esta perspectiva, tanto o âmbito de proteção quanto o suporte fático das normas de direitos fundamentais são restritos, já que a possibilidade de intervenção é, desde o princípio, afastada.

⁶ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 278. Neste mesmo sentido apontam os seguidores da tradição alexyana, cuja influência, no Brasil, é fortemente percebida, por exemplo, em SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. São Paulo: Renovar, 2006. p. 23-51.

⁷ ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 302 e seq.

⁸ A inclusão da ausência de fundamentação da intervenção no conceito de suporte fático é feita por SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74-75.

⁹ Trata-se, no dizer de Virgílio Afonso da Silva, de uma questão de coerência com as opções teóricas realizadas. cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. São Paulo: Renovar, 2006. p. 29.

¹⁰ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*. v. 20, n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 32. É oportuno esclarecer que, embora tratada de modo indistinto, a noção de limites imanentes tanto pode se referir aos limites intrínsecos aos direitos fundamentais, isto é, constitutivos de sua própria essência, quanto aos limites provenientes de uma cláusula de não-perturbação; dos direitos de terceiros; da existência de leis gerais; ou, ainda, de bens ou valores partilhados por uma comunidade. Esta última acepção é preferida pela doutrina e jurisprudência constitucional. cf. PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72-73.

Por sua vez, a teoria externa ou das restrições de direitos fundamentais parte da premissa de que há uma relação (possível, embora não necessária) entre um direito inicialmente protegido e sua restrição. O resultado da intervenção restritiva no conteúdo protegido, a princípio, por uma norma é um direito definitivo ou limitado¹¹. Nesta linha, o âmbito de proteção e o suporte fático das normas de direitos fundamentais são amplos, já que incluem também condutas e situações apenas inicialmente protegidas pela norma.

Vale ressaltar, contudo, que a incapacidade de resolução do problema das restrições e limitações de direitos fundamentais levando em consideração apenas esta artificial dicotomia teórica tem constituído uma das questões centrais enfrentada pela dogmática constitucional, o que resta claro, salvo melhor compreensão, pelo crescente número de soluções diferenciadas apontadas pelo que aqui se convencionou chamar de teorias "híbridas"¹².

2.1 Teoria Interna

De um modo geral, portanto, pode-se considerar, tal como assinala Peter Häberle, que, sob a perspectiva da teoria interna, a determinação dos limites de um direito não é um processo que os afeta de fora. Trata-se, em verdade, de uma atividade de conformação dos direitos segundo seus limites, em razão da qual é possível determinar, desde o início, o lugar que cada um destes direitos ocupa na ordem constitucional¹³. Em hipótese alguma são admitidas intervenções no conteúdo protegido pelas normas de direitos fundamentais, isto porque não há nenhuma intervenção conforme o Direito, todas são antijurídicas, isto é, são inadmissíveis do ponto de vista jurídico-constitucional¹⁴. Sendo imanes os limites dos direitos, o que ocorre não é uma autêntica restrição, senão apenas a explicitação de algo que já se encontra dentro da norma¹⁵.

Conforme acentua Martínez-Pujalte, segundo a teoria interna, os direitos fundamentais são absolutos dentro dos contornos de sua delimitação, uma vez proibida qualquer intervenção externa e posterior ao conteúdo protegido pela norma¹⁶. O ponto central

¹¹ BOROWSKI, Martin. *op. cit.* p. 31.

¹² Como lembra Felipe de Paula "a quiçá insuficiente dicotomia estanque entre teoria interna e teoria externa (...) permite a construção de posicionamentos híbridos que almejam superar dificuldades e fragilidades teórico-dogmáticas das visões extremadas". Para tanto, cf. PAULA, Felipe de. *op. cit.* p. 63.

¹³ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dykison, 2003. p. 52.

¹⁴ Id. *idem.* p. 207.

¹⁵ STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44 e seq.

¹⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 53-54.

desta teoria – como lembra Luis Prieto Sanchís – não é que os direitos sejam ilimitáveis, no sentido de que autorizam qualquer conduta, mas sim que já aparecem delimitados, em sua configuração definitiva, no texto constitucional¹⁷.

Quanto à fixação dos limites imanentes dos direitos fundamentais, costuma-se levar em consideração¹⁸ a existência de uma espécie de cláusula de não-perturbação, em razão da qual os direitos são limitados pela existência de outros direitos pertencentes a uma mesma ordem jurídica; de uma cláusula de comunidade e dos direitos de terceiros, razão pela qual os direitos são limitados em decorrência do respeito à ordem pública e aos princípios éticos partilhados por uma comunidade, bem como pela existência de outros titulares de direitos fundamentais; ou, finalmente, a existência de leis gerais – leis civis e penais – cujo caráter imperativo modela o conteúdo protegido pela norma¹⁹.

No que diz com o processo de limitação dos direitos fundamentais, conforme posição híbrida defendida, por exemplo, Peter Häberle, na Alemanha, não se trata de mera evidência ou intuição quanto ao conteúdo protegido por um direito, mas de um verdadeiro processo de ponderação, levando-se em consideração os valores comunitariamente aceitos²⁰.

De outro lado, considerando que o problema da delimitação dos direitos fundamentais é estritamente interpretativo, afirma José Carlos Vieira de Andrade, no âmbito do constitucionalismo lusitano, que:

(...) deve admitir-se uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à *partida* o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *de plano* constitucionalmente inadmissíveis (...). Essa delimitação substancial justifica-se, desde logo, pela vantagem prática de evitar que venha a considerar-se como uma situação de conflito de direitos aquela em que o conflito é apenas aparente²¹. [grifo do autor]

¹⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y libertades*. n. 8, 2000. p. 431.

¹⁸ Salvo a compressão de que os limites imanentes são verdadeiros limites intrínsecos, decorrentes da própria essencial dos direitos fundamentais, conforme advertido na nota 10.

¹⁹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 84 e seq.

²⁰ HÄBERLE, Peter. *op. cit.* p. 33 e p. 67 e seq. Importa considerar que, ao lançar mão da ponderação - figura tipicamente associada à teoria externa - como método de delimitação dos direitos, Häberle rompe, de certo modo, com alguns dos pressupostos da teoria interna, em sua acepção pura.

²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 286-287.

Neste viés, é a própria norma constitucional que exclui, de antemão, expressa ou implicitamente, certos conteúdos não protegidos. Quando expressos, os limites imanentes confundem-se com os próprios limites estabelecidos diretamente pelas normas de direitos fundamentais²². De outra parte, os limites imanentes implícitos não que ser considerados apenas quando se possa afirmar, seguramente, que em caso algum uma norma acoberta determinada situação²³. Há, nestas hipóteses, uma espécie de certeza quanto ao conteúdo dos direitos, podendo-se excluir o que, no dizer de Jorge Reis Novais, evidentemente não pode ser considerado como protegido por uma norma em um Estado de Direito²⁴.

Em síntese, ainda que formulada de diferentes maneiras, pode-se minimamente afirmar, sobre a teoria interna, que ela 1) aceita a premissa de que a determinação de um direito é uma questão de imanência; 2) compreende que, com a identificação dos limites imanentes de um direito, determina-se, ao mesmo tempo, o seu conteúdo definitivo e 3) concebe que os direitos fundamentais possuem âmbitos de proteção restritos, já que o conteúdo que o preenche é aquele definitivamente protegido²⁵.

Em relação aos fins da teoria interna, afirma-se que, além de evitar falsos casos constitucionais, consegue-se, por meio dela, assegurar o controle hermenêutico-constitucional da discricionariedade dos poderes estatais na definição do conteúdo dos direitos fundamentais, bem como impedir a inflação dos direitos, preservando-se, com isto, a força normativa da Constituição²⁶.

Conforme afirma Luis Prieto Sanchís, entretanto, a teoria interna, tal como concebida pela doutrina constitucional, tonou-se vítima dos próprios problemas que quis evitar, ao oferecer uma estratégia interpretativa simplificadora, resultante de certo otimismo acerca da possibilidade de recortar o conteúdo preciso dos direitos²⁷. Sendo o processo de delimitação dos direitos fundamentais um ato intuitivo, para parte dos defensores desta teoria, dele não

²² STEINMETZ, Wilson. *op. cit.* p. 29 [n. 26].

²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *op. cit.* p. 295.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 427.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 349.

²⁶ CIANCIARDO, Juan. Los limites de los derechos fundamentales. *Dikaion*. n. 10, 2001. p. 69-70 e MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *op. cit.* p. 133-135.

²⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. *op. cit.* p. 432-434.

decorreria nenhum dever de justificação²⁸, isto é, o respeito aos métodos de controle das restrições de direitos – os assim chamados limites dos limites -, tais como as reservas de lei, a proporcionalidade e o conteúdo essencial, seria, nestas hipóteses, completamente dispensável²⁹.

2.2 Teoria Externa

Em sentido oposto à teoria interna – e levando em conta as críticas a ela direcionadas – a teoria externa aceita como pressuposto a restringibilidade dos direitos fundamentais, considerando-os princípios dotados de conteúdo inicialmente alargado, sobre os quais incidirão restrições que, por sua vez, gerarão direitos definitivos. Tais restrições são atos que provém de fora, razão pela qual se afirma que os limites dos direitos são constituídos e não simplesmente pré-existentes³⁰.

A questão das restrições de direitos fundamentais exige, no dizer de Canotilho, uma sistemática dos limites, ou, o que é o mesmo, uma análise dos tipos de interferências possíveis nos conteúdos dos direitos³¹. No seguimento da teoria externa, as restrições de direitos fundamentais se realizam no caso concreto, com amparo na Carta Constitucional³², devendo-se distinguir (1) restrições imediatas ou diretamente constitucionais, estabelecidas no próprio corpo da Constituição; (2) restrições mediatas ou indiretamente constitucionais, realizadas pelo legislador infraconstitucional, com autorização de reservas de lei restritivas simples ou qualificadas³³ e (3) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição³⁴.

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 97.

²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 160.

³⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*. n. 2, 2005. p. 21.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina: 2003. p. 1276.

³² Cabe a ressalva feita por Virgílio Afonso da Silva no sentido de que, ao se referir ao caso concreto como momento de definição do conteúdo dos direitos fundamentais, a doutrina considera não apenas o instante de atuação decisória do Judiciário, mas também o momento de formulação do dispositivo constitucional ou legal, no qual o legislador decide sobre o conteúdo dos direitos, como se estivesse resolvendo, abstratamente, um conflito entre direitos fundamentais. cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. São Paulo: Renovar, 2006. p. 40 [n. 61].

³³ Sobre esta distinção, cf. SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 100.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da Silva. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 606.

No atual cenário constitucional, as discussões giram em torno, particularmente, das assim designadas restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, isto é, dos casos nos quais a Constituição nem realiza, nem autoriza expressamente a realização de restrições de direitos fundamentais. Conforme assinala Jorge Reis Novais, tal hipótese gera o ônus de justificar constitucionalmente a inevitável ocorrência de restrições que a própria Constituição aparentemente proíbe³⁵. Sobre o tema, tem-se defendido, em sede doutrinária, a existência de reservas de lei subsidiárias³⁶; de uma competência geral do legislador para restringir direitos fundamentais³⁷; ou, ainda, de uma reserva geral imanente de ponderação, como prefere Reis Novais, devendo-se observar que:

[a] compatibilização de bens se faz essencialmente ou, pelo menos, não pode em algum modo prescindir de procedimentos de ponderação de bens. Assim, aquela reserva que afecta os direitos fundamentais, incluindo os direitos fundamentais sem reservas explícitas é, no fundo, uma reserva geral imanente de ponderação. Porém, ao contrário do que se poderia erroneamente inferir desta qualificação, quando os poderes constituídos, fundamentados nessa reserva, procedem à harmonização ou compatibilização de bens, no sentido da solução de colisões entre interesses de liberdade e interesses que se lhes opõem ou podem vir a opor nos casos concretos, não procedem a uma mera *declaração* de limites já existentes (...)³⁸. [grifo do autor]

No âmbito da teoria externa cabe ainda estabelecer a distinção entre as normas restritivas de direitos fundamentais e as normas conformadoras ou densificadoras de direitos. Se tal distinção é possível – como sustenta J.J Gomes Canotilho – as primeiras seriam normas que interferem no conteúdo protegido pelos direitos, enquanto as últimas seriam aquelas que precisam o conteúdo dos direitos, sem, contudo, interferir em seus âmbitos de proteção³⁹. Embora esta seja a posição predominante, vale destacar, na doutrina brasileira, a compreensão de Virgílio Afonso da Silva, fincada em um viés purista da teoria externa, no sentido de que, partindo-se da idéia de princípios fundamentais com âmbito de proteção amplo, qualquer

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 363.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 240, acentuando que, na Constituição Brasileira, não são poucos os direitos fundamentais previstos sem nenhum tipo de reserva, entre os quais, vale destacar, o art. 5º, incisos VI, X, XI e XII.

³⁷ LUQUE, Luis Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del centro de estudios constitucionales*. n. 14, 1993. p. 20 e seq.

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.* p. 570, onde se encontram também as principais críticas à idéia de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição e suas possíveis justificações.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* p. 1263-1266.

disposição legal é, ainda que em diferentes medidas, uma restrição do conteúdo protegido pelos direitos fundamentais, gerando, por conseguinte, um dever geral de justificação, o que não é imposto nos casos de configuração de direitos⁴⁰.

Por todo o exposto, no que diz com os principais pressupostos da teoria externa, pode-se afirmar, inobstante o tratamento diferenciado que lhe foi dado pela doutrina, que 1) não há uma relação necessária entre os direitos fundamentais e suas restrições; 2) as restrições são sempre imposições externas aos âmbitos de proteção dos direitos e 3) os âmbitos de proteção dos direitos são inicialmente mais extensos que aqueles efetivamente protegidos após as restrições⁴¹.

2.3 Teorias Híbridas

Em face das críticas formuladas à teoria interna, já delineadas, bem como dos entraves à aplicação da teoria externa, relacionados, sobretudo, ao problema da multiplicação dos conflitos entre direitos fundamentais, é incipiente a formulação de teorias híbridas, empenhadas, de modo manifesto, a superação dos problemas decorrentes das posições extremadas acima apresentadas. Neste âmbito, cabe enquadrar, por exemplo, as posições diferenciadas de Peter Häberle, José Carlos Vieira de Andrade e Jorge Reis Novais que, inobstante proximidade aos aportes de uma ou outra teoria, inserem em suas argumentações elementos manifestamente conciliatórios⁴².

2.4 Tomada de posição

Finalmente, importa considerar que, para os fins deste trabalho, supõe-se a possibilidade de defesa de uma teoria externa atenuada, próxima ao modelo defendido por Jorge Reis Novais, para quem se deve excluir, à partida, o que evidentemente não constitui o conteúdo protegido pelas normas de direitos fundamentais (no sentido da teoria interna), ainda

⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100 e seq., seguindo, neste ponto, BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*. v. 20, n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 55, que, por sua vez, afirma que “toda atividade legislativa do Parlamento, com efeitos adversos sobre um princípio jusfundamental, apresenta, em todo caso, junto com a configuração do direito infraconstitucional, uma restrição de um direito fundamental” [trad. livre].

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 349.

⁴² Uma vez que supera os propósitos deste trabalho o tratamento aprofundado de cada uma delas, cabe remeter o leitor especialmente à HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de bonn*. Madrid: Dykison, 2003; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006; e NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

que o modelo da teoria externa, ao recorrer à ponderação, seja o que melhor satisfaça o propósito de compreensão do tema⁴³.

3. O CONTROLE FORMAL E MATERIAL DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se, tal como afirmado, a Constituição habilita, explícita ou implicitamente, as restrições dos âmbitos de proteção das normas de direitos fundamentais, isto se dá, contudo, de modo condicionado a determinados limites formais e materiais⁴⁴, cuja previsão tem como causa primeira a necessidade de proteger a eficácia dos direitos da atividade erosiva dos poderes públicos⁴⁵. O controle das restrições de direitos fundamentais por meio da imposição de limites é, por assim dizer, consequência do efeito recíproco dos direitos fundamentais sobre o legislador infraconstitucional e o judiciário: ao mesmo tempo em que lhes cabe restringir a área de proteção dos direitos, devem fazê-lo de modo a preservar ao máximo o direito restringido⁴⁶.

Trata-se, no sentir de J.J. Gomes Canotilho, de constituir uma metodologia de proteção dos direitos fundamentais submetidos a restrições⁴⁷, distinguindo-se elementos formais e matérias como parâmetros de controle. Entre os chamados métodos de proteção dos direitos fundamentais estão, de um lado, o princípio da reserva de lei restritiva, bem como a generalidade, abstração e irretroatividade da norma legal, enquanto limites formais, e, de outro, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, enquanto limites materiais.

A sistematização teórica destes limites teve amparo notadamente no artigo 19º da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual:

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.* p. 360 e 427.

⁴⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. El legislador de los derechos fundamentales. In: PINA, Antonio Lopes. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: alemania, españa, francia e italia*. Madrid: Civitas, 1991. p. 129.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 394-395.

⁴⁶ Neste sentido, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2007. p. 148-149 e SAGGESE, Mariano Bacigalupo. La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la sentencia del tribunal administrativo federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista española de derecho constitucional*. n. 38, 1993. p. 302-304.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de protecção de direito, liberdades e garantias. *Boletim da Faculdade de Coimbra*. v. comemorativo. tomo 75. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. *passim*.

Artigo 19º: Restrições de direitos fundamentais

- (1) Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental for restringido por *lei ou em virtude de lei*, essa lei será aplicada de maneira *geral* e não apenas para um caso particular. Além disso, a lei deverá especificar o direito fundamental afetado e o artigo que o prevê
- (2) Em caso algum pode um direito fundamental ser afetado em seu *conteúdo essencial*⁴⁸. [grifou-se].

A idéia viria a ser incorporada posteriormente em diversas ordens jurídicas, inclusive de modo expresso em algumas Constituições do Pós-Guerra, como é o caso da Constituição Espanhola, em seu artigo 53º, e da Constituição Portuguesa, em seu artigo 18º. Nos países em que dispositivo semelhante não foi acrescentado, ou, pelo menos, não inteiramente, ao texto constitucional – como o Brasil – há relativo consenso quanto à possibilidade de se falar em limites como consequência lógica de uma interpretação sistemática da Constituição⁴⁹.

3.1 Limites Formais

A respeito da previsão de reserva de lei simples ou qualificada como limite às restrições de direitos fundamentais, é possível inferir, pelo que já foi anteriormente exposto, que se trata de um critério de aplicação reduzida, vez que o excepciona as assim chamadas restrições não expressamente autorizadas pela Constituição⁵⁰.

Tem-se ainda que a norma legal restritiva de direitos fundamentais deve ser geral, abstrata e não-retroativa. Em razão disto, deve ser dirigida a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (generalidade), bem como regular um número indeterminado ou indeterminável de casos (abstração). Disto decorre, por óbvio, uma proibição clara, conforme lembra Canotilho, de normas restritivas de direitos fundamentais com caráter individual e concreto, isto é, dirigidas a pessoas e/ou casos específicos⁵¹. Normas restritivas não podem também ter efeito retroativo, uma vez que assim atingiriam pessoas e atos determinados ou determináveis, ofendendo, de igual maneira, os limites da generalidade e abstração⁵².

⁴⁸ NUNO, Rogério. *A lei fundamental da república federal da alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 146.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. tomo 1. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 161.

⁵⁰ cf. item 2, tópico 2.2.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina: 2003. p. 454-455.

⁵² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *op. cit.* p. 163. Vale lembrar que o princípio da irretroatividade da norma restritiva, embora não tenha previsão expressa na Lei Fundamental Alemã, é contemplado pela Constituição Portuguesa, desde sua reforma em 1982 (artigo 18º. 3), e acolhido, no direito espanhol, pela

3.2 Limites Materiais

Em sede doutrinária, entre os métodos de proteção dos direitos fundamentais submetidos a restrições, confere-se, contudo, especial ênfase ao chamado princípio da proporcionalidade e a proteção do conteúdo essencial dos direitos, então designados limites materiais das restrições⁵³. Seja pela manifesta complexidade que lhes caracteriza, seja em razão da confiança neles depositada, em sua eficácia enquanto método, o certo é que, de modo geral, o tratamento do tema tem ateadado, nos últimos tempos, ricas discussões no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.

Em sua formulação mais precisa – e, de certo modo, amplamente recepcionada pela doutrina constitucional brasileira – o princípio da proporcionalidade é constituído pelos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁵⁴ aplicados subsidiariamente, isto é, respeitando-se a ordem indicada, o sub-princípio posterior é aplicado apenas quando o precedente é insuficiente para resolver o caso concreto⁵⁵. A aplicação desse método, conforme a consagrada lição de Robert Alexy, deve ser guiada pelas seguintes questões: 1) o meio é adequado para promover determinado fim?; 2) o meio é necessário – isto é, menos restritivo do direito colidente – para a promoção deste fim? e 3) qual a importância da realização do direito oposto?⁵⁶.

Nesta perspectiva, a proporcionalidade assume relevância enquanto meio de proibir os excessos interventivos no âmbito de proteção dos direitos fundamentais⁵⁷. De outra parte, a eficácia desta regra na tomada de decisões pretensamente corretas em casos de colisões⁵⁸, é garantida, segundo Alexy, pela máxima de que quanto maior a intensidade da intervenção no conteúdo protegido por um direito, maior é o dever de fundamentação⁵⁹.

jurisprudência do Tribunal Constitucional. Neste sentido, cf. ESPAÑA. TCE. 11/198, BOE: 198104: “(...) A reserva de lei não tem caráter retroativo” [trad. livre].

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 395.

⁵⁴ Na doutrina brasileira, cf. os trabalhos monográficos BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen, 2000 e STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. v. 798. São Paulo: RT, 2002. p. 34, considerando, contudo, que melhor seria considerar a proporcionalidade como regra, pelas razões ali expostas, que, nesta ocasião, não convém retomar.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-120 e _____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 397.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 19-40.

⁵⁹ Conforme o modelo triádico exposto em Id. Idem. p. 137 e seq.

Em que pese à ampla reprodução deste modelo na teoria e na prática constitucional, não sem razão têm crescido, cada vez mais, as críticas à proporcionalidade enquanto método eficaz de limitação das restrições de direitos. Isto porque, no atual cenário dogmático e jurisprudencial, é contumaz a evocação simplesmente retórica deste princípio, como se de tal modo fosse possível justificar qualquer coisa, em qualquer medida⁶⁰.

Por sua vez, a proteção do conteúdo essencial tem como fim assegurar (ao menos) níveis mínimos de eficácia aos direitos submetidos a restrições, garantindo a inviolabilidade de uma espécie de conteúdo basilar e inviolável que integraria o núcleo de cada direito em espécie⁶¹. No que se refere a este conteúdo, há que se atribuir a ele uma dimensão positiva – da qual decorrem deveres de proteção e realização – e uma dimensão negativa – que, de resto, gera deveres de abstenção aos poderes públicos⁶².

A proteção de conteúdos mínimos como meio de limitação das restrições de direitos fundamentais tem cada vez maior relevância, mesmo em países que, ao contrário da Alemanha, Portugal e Espanha, não a previu em seus textos constitucionais de modo expreso. No Brasil, entende-se que a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma derivação lógica da própria idéia de supremacia da Constituição, da importância dos direitos fundamentais dentro da ordem jurídica e, mais especificamente, da vedação expressa da abolição dos direitos fundamentais pelo poder de reforma constitucional, prevista no art. 60, §4º da Constituição Federal Brasileira⁶³.

De certo modo, é consensual que a questão verdadeiramente relevante que se impõe sobre o tema é exatamente “qual o conteúdo essencial e qual deve ser a metodologia a ser seguida para sua determinação”⁶⁴. Nesta linha, trata-se de compreender, primeiramente, se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é determinado concreta ou abstratamente, e se,

⁶⁰ Para uma crítica à ponderação como método, alertando sobre a ameaça de um “delírio racionalista”, cf. SCHWARTZ, Luis Fernando. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. In: _____. *Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179-228 e PULIDO, Carlos Bernal. Estructura y límites de la ponderación. *Doxa*. n. 26, 2003. p. 225-238. Sobre o tema, vale também conferir a crítica habermasiana à ponderação, bem como a resposta de Alexy à Habermas em ALEXY, Robert. *op. cit.* p. 105-116 e 155-166.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 402.

⁶² ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. *Revista española de derecho constitucional*. n. 3, 1981. p. 170.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119 [n. 303]. Em sentido contrário, cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *op. cit.* p. 168.

⁶⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. *op. cit.* p. 171.

de outro lado, o objeto protegido é o conteúdo essencial do direito subjetivo ou do instituto em abstrato.

Sob a perspectiva da teoria absoluta, cada direito fundamental possui um conteúdo intocável, delineado abstratamente e protegido de modo irrestrito⁶⁵. A afetação restritiva desse conteúdo definido previamente é necessariamente uma ameaça à própria existência do direito. Por sua vez, segundo a teoria relativa, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é sempre cambiante, só podendo ser definido em situações concretas, por meio da aplicação da regra da proporcionalidade⁶⁶.

Diante das críticas apresentadas às referidas teorias – sobretudo no que diz com a autorização para qualquer tipo de restrição do conteúdo dito não-essencial dos direitos (teoria absoluta) e com a redução do instituto a um dever geral de proporcionalidade (teoria relativa)⁶⁷ – tem-se defendido a possibilidade de uma teoria mista, agregando o dever de proporcionalidade à necessidade de não se dispor de certos conteúdos dos direitos⁶⁸.

De outra parte, em relação ao objeto da proteção, para a teoria objetiva, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais busca resguardar o direito enquanto instituto⁶⁹. Se se parte da teoria subjetiva, entretanto, o objeto de proteção deixa de ser o instituto e passa a ser o conteúdo do direito em concreto - é o indivíduo, na condição de titular de um direito subjetivo, que não pode perder seu direito em razão de restrições desmedidas⁷⁰. Há ainda quem aponte para uma falsa dicotomia nesta seara, considerando que a cada dimensão dos direitos fundamentais – subjetiva e objetiva - corresponderia um diferente dever de proteção⁷¹.

Para além de tais discussões teóricas, o problema é ainda agravado quando se trata de determinar o conteúdo essencial dos direitos em espécie. Nestes casos, não raro a doutrina e a jurisprudência constitucionais parecem apelar para os mais diversos subterfúgios⁷², operando um uso estritamente discursivo da proteção do conteúdo essencial, do que decorre, em breves linhas:

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 288.

⁶⁶ Id. Idem. p. 288.

⁶⁷ Id. Idem. p. 27-33.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina: 2003. p. 460-461.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 312.

⁷⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *op. cit.* p. 370.

⁷¹ QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 213.

⁷² Dentre os quais, vale destacar, a identificação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ao conteúdo de dignidade humana que lhes constitui, o que, de resto, apenas transfere o problema para outra seara. Para a não identificação (estrita) do conteúdo essencial com a dignidade humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p. 119 [n. 303].

(...) a idéia de conteúdo essencial não se define. Não se dão os elementos integradores do referido conteúdo, nem se aponta o âmbito específico de proteção que o conteúdo essencial torna intangível aos atos dos poderes públicos. (...) o conteúdo essencial cumpre, ademais, uma missão discursiva, como um instrumento argumentativo em branco⁷³.

Diante de tais limitações no que diz com a eficácia da proteção do conteúdo essencial como método de controle das restrições de direitos fundamentais, cumpre analisar a razoabilidade de tal crítica, bem como apresentar – se conveniente – possíveis respostas a ela. É o que se propõe realizar no item seguinte.

4. O CONTEÚDO ESSENCIAL COMO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS; O PROBLEMA DA REDUÇÃO, POR VIA TRANSVERSA, DA EFICÁCIA DAS NORMAS; E O DEVER DE COERÊNCIA: ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 511961/ SP, QUE PÔS FIM À EXIGÊNCIA DE DIPLOMA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA

Tal como aplicada, a idéia de proteção do conteúdo essencial como limite às restrições de direitos fundamentais exerce um papel muitas vez estritamente simbólico. A principal razão para que isto seja assim é, certamente, o fato de que esta noção é profundamente aberta a múltiplas concreções e suscetível de fornecer razões em defesa dos mais diferentes princípios jurídicos⁷⁴. De qualquer sorte, como lembra Häberle, embora tal categoria possa porventura demonstrar-se meramente retórica, a sua previsão comprova o próspero estágio de desenvolvimento de uma ordem constitucional⁷⁵. Se isto é assim, há razões para que, desde logo, defenda-se a necessidade e possibilidade de superar os (sempre presentes) problemas de sua aplicação.

O resultado da constatação de sua deficiência enquanto meio de proteção dos direitos fundamentais submetidos a restrições é o reiterado acento doutrinário no sentido de que a proteção do conteúdo essencial dos direitos depende, notadamente, da aplicação do princípio

⁷³ CARRASCO PERERA, Angel. El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional. *Revista española de derecho constitucional*. n. 11, 1984. p. 85.

⁷⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. *op. cit.* p. 439.

⁷⁵ HABERLE, Peter. El legislador de los derechos fundamentales. In: PINA, Antonio Lopes. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: alemania, españa, francia e italia*. Madrid: Civitas, 1991. p. 120.

da proporcionalidade⁷⁶. Na medida em que não consegue realizar, por si só, o que se propõe, a categoria do conteúdo essencial perde paulatinamente sua autonomia, chegando até mesmo, em alguns casos, a ser diluída no próprio conceito de ponderação⁷⁷.

O problema subjacente a toda esta discussão é o risco de diminuição excessiva da eficácia das normas de direitos fundamentais por via transversa – a capacidade de proteger sendo subvertida em capacidade de erodir as normas. Em face disto, tem razão Parejo Alfonso ao afirmar que “a questão se centra, assim, em determinar o alcance do conteúdo essencial como limite constitucional”⁷⁸.

O Supremo Tribunal Federal, seguindo a mesma tendência de outras Cortes Constitucionais⁷⁹, tem – cada vez mais freqüentemente - recorrido à teoria dos limites às restrições de direitos fundamentais como recurso metodológico para aferir a constitucionalidade das restrições dos direitos em espécie. Entretanto, uma revisão da jurisprudência da Corte, nos últimos anos⁸⁰, revela uma aplicação (ainda) cambiante, especialmente no que se refere à proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O principal problema é, de resto, o mesmo que se faz presente em outros Tribunais Constitucionais, a saber, a (in)aplicabilidade prática de todo o arcabouço teórico em decisões que dizem respeito a direitos individualmente considerados.

Este hiato entre teoria e prática resta evidente quando o próprio Supremo Tribunal Federal transporta para a decisão a noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais de forma apenas genérica e retórica, lançando mão de conclusões abertas como “o núcleo essencial desse direito resta completamente afetado”⁸¹ ou, ainda, “tal princípio tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo essencial, que independe da lei ordinária que o discipline”⁸².

Dentre as mais recentes importantes decisões tomadas pela Corte Brasileira, vale destacar, pela forma detida com a qual tratou o tema das restrições de direitos fundamentais,

⁷⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 111.

⁷⁸ ALFONSO, Luciano Parejo. *op. cit.* p. 177.

⁷⁹ cf., por exemplo, ESPANÑA, TCE, 11/1981; ESPANÑA, TCE, 89/1994; PORTUGAL, TCP, 254/1999; PORTUGAL, TCP, 644/1998.

⁸⁰ Dentre a jurisprudência analisada, vale destacar: BRASIL. STF. HC 85687 / RS. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 05. 08. 2005; BRASIL. STF. RE 427339/ GO. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 27.05.2005; BRASIL. STF. MS 24045 / DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJ 05.08.2005; BRASIL. STF. HC 82959 / SP. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. DJ 01.09.2006; além da recente ADPF 130 / DF. Rel. Min. Carlos Britto. DJ 06.11.2009.

⁸¹ BRASIL. STF. HC 85687 / RS. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 05. 08. 2005.

⁸² BRASIL. STF. RE 427339/ GO. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 27.05.2005.

aquela proferida em sede do RE 511961/ SP⁸³, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sobre a exigibilidade de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista. Na ocasião, o Tribunal decidiu, por maioria dos votos, que o artigo 4º, inciso V do Decreto-Lei nº 972 de 17 de outubro de 1969⁸⁴, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por manifesta afronta à liberdade de expressão, de informação e de comunicação em geral, previstas nos artigos 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220⁸⁵, além do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992. Acompanharam o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes os Ministros Carmen Lucia, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Celso Mello. O único voto divergente foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio.

O Ministério Público Federal defendeu, em síntese, que o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Brasileira ao fixar reserva de lei para o estabelecimento das condições para o exercício da liberdade de exercício profissional não autorizou o legislador infraconstitucional a impor restrições como àquela do tipo previsto no artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69. Em primeira instância, o juízo da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo julgou parcialmente procedente o pedido do Ministério Público, determinando o fim da exigibilidade do diploma para registro no Ministério do Trabalho e da fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista. O Tribunal Regional Federal 3ª Região reformou a sentença compreendendo, em linhas gerais, que o Decreto foi recepcionado pela nova ordem constitucional sem qualquer ofensa aos artigos mencionados, bem como à Convenção Americana de Direitos Humanos.

No voto condutor, o Ministro Gilmar Mendes afirmou categoricamente que:

⁸³ BRASIL. STF. RE 511961 / SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 13.11.2009.

⁸⁴ Decreto-Lei nº 972/ 69, art. 4º: “O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do ministério do trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: (...) V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério de Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de “a” a “g” no artigo 6º”.

⁸⁵ “EMENTA: (...) 4. ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL (ART. 5º, INCISO XIII, DA CONSTITUIÇÃO). IDENTIFICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES E CONFORMAÇÕES LEGAIS CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDAS. RESERVA LEGAL QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. (...) *A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.* [grifou-se]

O tema envolve, em primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5^a, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas⁸⁶.

Sobre o tema das restrições de direitos fundamentais, a posição do Ministro foi clara no sentido da adoção da teoria externa ao dispor que “o âmbito de proteção não se confunde com a proteção efetiva e definitiva”⁸⁷. Isto porque – vale recordar – normas-princípios de direitos fundamentais possuem um conteúdo inicialmente protegido que, por sua vez, é mais amplo que o conteúdo protegido após restrições constitucionais. Disto decorre que, quanto maior for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição”⁸⁸.

A definição de qual seja o âmbito de proteção do direito previsto no artigo 5^o, inciso XIII, requer um determinado procedimento. Ao tentar sistematizá-lo, o Ministro Gilmar Mendes afirma que se deve proceder a uma análise da norma constitucional em duas etapas, a saber:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva⁸⁹.

No art. 5^o, XIII da Constituição Brasileira há, segundo posicionamento daquela Corte, além da garantia do direito fundamental, uma previsão expressa de reserva de lei qualificada autorizando posterior restrição, por via infraconstitucional, do princípio ali previsto, especificamente no que diz com as qualificações necessárias para o livre exercício da profissão. Importante acentuar, contudo, conforme se depreende do Voto do Ministro Eros Grau, que "há plena liberdade de trabalho, ofício ou profissão quando não forem imprescindíveis qualificações profissionais para desempenhá-lo", do que decorre que, embora autorizadas pela reserva de lei constitucional, tais restrições não precisam ser

⁸⁶ RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁸⁷ RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁸⁸ RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁸⁹ RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

obrigatoriamente realizadas, tornando-se necessárias apenas quando o interesse público as exigir⁹⁰.

Ademais, por óbvio que “a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”⁹¹. Com isto, o Tribunal reconhece os assim chamados limites às restrições de direitos fundamentais e, de modo particular, a necessidade de proteção do conteúdo essencial dos direitos. Em relação a este, o Ministro Gilmar Mendes afirma que:

(...) enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais⁹².

Com isto, o Tribunal reconheceu a forte relação entre a necessidade de proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade, chegando até mesmo a falar em uma reserva de lei *proporcional*. Do exame de proporcionalidade, o Ministro Relator concluiu que “o art. 4ª, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/69 não passa sequer no teste da adequação”⁹³, então considerado primeiro sub-princípio da proporcionalidade, uma vez que a simples exigência do diploma de jornalismo não consegue evitar eventuais riscos a coletividade ou danos efetivos a terceiros, pela veiculação de informações desarrazoadas, ofensas, inverídicas e etc.

Em face do exposto, o Ministro Gilmar Mendes concluiu, em seu voto, pela inconstitucionalidade da restrição ao art. 5º, XIII, acabando, em definitivo, com a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista.

Em que pese à intocável argumentação utilizada – sem que se vá aqui entrar efetivamente no mérito da questão –, acolhida pela maioria do Tribunal, o que resta claro, com a reconstrução aqui realizada, é que, inobstante o recurso à noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, não há qualquer conclusão manifesta sobre qual o seja no que se refere ao direito garantido no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. A definição do conteúdo protegido pela norma em causa foi realizada, no caso concreto, com confesso

⁹⁰ RE 511961 / SP. Voto Ministro Eros Grau.

⁹¹ RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁹² RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

⁹³ RE 511961 / SP. Voto Relator Ministro Gilmar Mendes.

recurso ao princípio da proporcionalidade, ficando, de resto, a idéia de proteção do conteúdo essencial do direito ao livre exercício da profissão acolhida implicitamente por aquela análise.

Não é novidade alguma que o Supremo Tribunal Federal tenha cometido tal omissão. Entretanto, compreendo-se que a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em espécie é o resultado de um sempre renovado trabalho hermenêutico, então é necessário esforço a fim de atribuir sentido àquele. A abertura semântica da noção de conteúdo essencial deve ser acompanhada de uma atividade de sistematização de decisões, com o propósito de conferir-lhe conteúdo. Isto é uma exigência decorrente do princípio da coerência que, por sua vez, norteia toda a interpretação jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs-se a realizar uma revisão teórica do tema dos limites às restrições de direitos fundamentais, sobretudo no que se refere ao chamado dever de proteção do conteúdo essencial dos direitos, bem como sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. Com isto, objetivou-se analisar, em primeiro plano, o problema da aplicação da noção aberta de núcleo essencial, em casos concretos, e, em seguida, apresentar uma possível saída a este problema, recorrendo à idéia de coerência e unidade constitucional.

Para tanto, reservou-se, em um primeiro momento, ao exame geral das restrições e limitações de direitos fundamentais, apontando, na ocasião, as principais características das teorias interna e externa e de algumas teorias híbridas, bem como as críticas a elas apresentadas. Isto foi possível desde uma abordagem prévia das noções de normas de direitos fundamentais, enquanto regras e princípios; suporte fático e âmbito de proteção das normas. Neste particular, outras questões transversais foram igualmente enfrentadas, sobretudo no que diz com a possibilidade de restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, bem como a (in)diferença entre restrições e configurações de direitos fundamentais e seu correlato dever de justificação.

Em seguida, tratou-se, especificamente, da questão dos limites às restrições de direitos fundamentais, entre os quais, vale destacar, a reserva de lei; a generalidade, a abstração e a não-retroatividade da norma legal restritiva; a aplicação do princípio da proporcionalidade; e, finalmente, o dever de proteção do conteúdo essencial dos direitos. Sobre este último, além de situá-lo na discussão teórica, apontou-se especialmente os principais problemas de sua aplicação prática, o que restou evidenciado pela manifesta

ausência de decisões que, de modo claro, tratem a questão da definição do conteúdo essencial dos direitos em espécie. À maneira do que ocorre, de modo geral, em outros países, o apelo à noção de conteúdo essencial pelo Supremo Tribunal Federal tem, na maioria das vezes, caráter meramente retórico, o que se depreende da análise da recente decisão proferida em sede do RE 511961/ SP.

Com este estudo, buscou-se fornecer as bases para uma compreensão consistente sobre o tema que, em tempos de amadurecimento constitucional, ganha especial relevância também no Brasil. Diante da crescente discussão sobre questões relacionadas à teoria dos direitos fundamentais, o problema da insuficiência dos limites às restrições de direitos e, conseqüentemente, do comprometimento do sistema de controle das restrições, é uma questão de ordem, cujo trato aponta para a necessidade de um renovado trabalho hermenêutico e para a sistematização de decisões consistentes, a fim de suprimir o espaço entre teoria e prática, em um esforço ininterrupto no sentido de realizar a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*. n. 2, 2005. p. 15-64.

ALCALÁ, Rodolfo Vidal Gómez. *La ley como limite de los derechos fundamentales*. México: Porruá, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudência constitucional. *Revista española de derecho constitucional*. n. 3, 1981. p. 169-190.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

_____. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho Constitucional*. v. 20, n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 29-56.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina: 2003.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 341-359.

_____. Métodos de protecção de direito, liberdades e garantias. *Boletim da Faculdade de Coimbra*. v. comemorativo. tomo 75. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 793-814.

CARRASCO PERERA, Angel. El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional. *Revista española de derecho constitucional*. n. 11, 1984. p. 36-106.

CIANCIARDO, Juan. Los limites de los derechos fundamentales. *Dikaion*. n. 10, 2001. p. 55-73.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2007.

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

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de bonn*. Madrid: Dykison, 2003.

_____. El legislador de los derechos fundamentales. In: PINA, Antonio Lopes. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: alemania, españa, francia e italia*. Madrid: Civitas, 1991.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUQUE, Luis Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del centro de estudios constitucionales*. n. 14, 1993. p. 9-34.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. tomo 1. Coimbra: Coimbra, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NUNO, Rogério. *A lei fundamental da república federal da Alemanha*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

_____. *Los derechos fundamentales*. 7 ed. Madrid: Tecno, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. Estrutura y limites de la ponderación. *Doxa*. n. 26, 2003. p. 225-238.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.

SAGGESE, Mariano Bacigalupo. La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal: (a propósito de la sentencia del tribunal administrativo federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista española de derecho constitucional*. n. 38, 1993. p. 297-315.

SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derechos y libertades*. n. 8, 2000. p. 429-468.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumem, 2000.

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

SCHWARTZ, Luis Fernando. Nos limites do possível: “balanceamento” entre princípios jurídicos e o controle de sua adequação na teoria de Robert Alexy. In: _____. *Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179-228.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. São Paulo: Renovar, 2006. p. 23-51.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*. v. 798. São Paulo: RT, 2002. p. 23-50.

_____. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 605-618.

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

VILLALÓN, Pedro Cruz. El legislador de los derechos fundamentales. In: PINA, Antonio Lopes. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: alemania, española, francia e italia*. Madrid: Civitas, 1991. p. 125-137.