

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

↑23|24↓

1. Introdução

Não são poucas as menções à existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e na produção doutrinária dos últimos anos.¹ Que direitos, em geral, contenham um "conteúdo mínimo essencial" pode ser algo intuitivo, que decorre da própria noção de que, sem a garantia desse mínimo, a garantia do próprio direito seria de pouca valia. Mas há questões extremamente complexas, ligadas a essa idéia simples, que não podem passar despercebidas nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Um dos objetivos da tese por mim apresentada ao concurso para provimento de professor titular na Faculdade de Direito da Universidade de

* Gostaria aqui de agradecer a Cláudio Pereira de Souza Neto e à *Revista de Direito do Estado* a iniciativa de dar publicidade às teses defendidas por todos os candidatos ao concurso para o provimento do cargo de professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Não posso também deixar de agradecer aos meus alunos de direitos fundamentais, na mesma Faculdade, a presença maciça durante todo o concurso e o apoio que me foi dado ao longo dessa caminhada. Por fim, valem também aqui todos os agradecimentos feitos na própria tese, cuja impressão aqui, dada a extensão, seria impossível.

¹ Para mencionar apenas alguns exemplos, cf., na jurisprudência do STF, HC 82.424, Inq. 1957, MS 24.369, HC 84.862, HC 82.959, HC 85.867, MS 24.045, RE 427.339, RE 431.121. Na literatura, cf. Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 67 e ss.; Daniel Sarmento, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 111; Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005; Wilson Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 160 e ss.; Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 139 e ss.

São Paulo,² e que aqui é resumida em seus aspectos mais importantes, era analisar essas questões. A segunda parte do objeto de pesquisa, definida no título como "eficácia das normas constitucionais", pretende relacionar as conclusões da análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais com teorias e classificações acerca da produção de efeitos das normas que garantem esses direitos. Nesse ponto, a principal conclusão é a verificação, ao menos no âmbito dos direitos fundamentais, da incompatibilidade do modelo defendido com as tradicionais classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia, sobretudo na sua forma mais difundida, nos termos elaborados por José Afonso da Silva em fins da década de 1960.³

Quando se define o objeto deste trabalho como "o conteúdo essencial dos direitos fundamentais", quer-se fazer referência a um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Esses problemas, que compõem o objeto principal da tese defendida, são: (a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições. É da relação dessas variáveis - e de todos os problemas que as cercam - que se define, na visão deste trabalho, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, a tese defendida pode ser sintetizada da seguinte forma: (1) Em primeiro lugar, a distinção entre regras e princípios, da qual o trabalho parte, supõe que direitos fundamentais tenham um suporte fático amplo. Isso

↑24|25↓

significa duas exigências principais: (a) O âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível, o que significa dizer que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no "âmbito temático" de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele *prima facie* protegido. Isso implica, necessariamente, uma rejeição a exclusões *a priori* de condutas desse âmbito de proteção; (b) Também o conceito de intervenção estatal nos direitos fundamentais

² A versão editorial dessa tese será publicada pela editora Malheiros, no início de 2007, sob o título *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

³ Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6. ed. (3. tir.), São Paulo: Malheiros, 2004.

faz parte do suporte fático. Por isso, por se tratar de um modelo baseado em um suporte fático amplo, o conceito de intervenção também deverá ser interpretado de forma ampla. Isso implica, entre outras coisas, a rejeição de teorias que defendem que meras regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais não constituem restrições. É sobretudo a partir dessa conclusão que se defende, na tese que ora se resume, a impossibilidade de se distinguir entre restrições e regulamentações ou regulações⁴ nesse âmbito.

(2) Uma primeira consequência importante do pressuposto acima descrito é a constatação de que, muitas vezes, restrições a direitos fundamentais são levadas a cabo sem que isso seja reconhecido nesses termos. Isso pode ocorrer de duas formas principais: (a) Ou se nega, *de antemão*, a proteção a uma conduta ou posição jurídica que, isoladamente considerada, deveria ser considerada como protegida; ou (b) Embora se considere tal conduta ou posição jurídica como protegida por um direito fundamental, defende-se que a eventual restrição nessa proteção não decorre de uma real restrição, mas de mera regulamentação no exercício do direito fundamental em questão. *Ambas as estratégias devem ser rejeitadas*, pois ambas, como será visto, têm um alto déficit de fundamentação e possibilitam uma real restrição à proteção de um direito *sem que isso seja acompanhado de uma exigência de fundamentação* por parte daquele que o restringe, seja o juiz, o legislador ou o administrador. O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - *direitos fundamentais são restringíveis* - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação.

(3) Os dois pontos descritos anteriormente conferem uma transparência às atividades de intervenção nos direitos fundamentais que possibilita sustentar que tais direitos não têm um conteúdo essencial definido *a priori* e de caráter absoluto. Isso porque tal concepção

⁴ A despeito da possibilidade de usos diversos para os termos "regulamentação" e "regulação", nos termos deste trabalho ambos os termos serão utilizados como sinônimos.

absoluta estaria presa aos mesmos pressupostos que se pretende aqui rejeitar, ou seja, definição *a priori* de conteúdos, essenciais ou não, que excluem, por conseqüência e também *a priori*, diversas

↑25|26↓

condutas, atos, estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais, deixando-os ao capricho de meros juízos de conveniência e oportunidade políticas, *para os quais não se exige nenhuma fundamentação constitucional*.

(4) As teses acerca das restrições e da proteção dos direitos fundamentais, defendidas no trabalho que aqui se resume, têm, além das conseqüências mencionadas acima, um enorme efeito na compreensão da eficácia das normas constitucionais. Como se sabe, a principal classificação das norma constitucionais quanto a sua eficácia é aquela que as distingue em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.⁵ Como será esclarecido no tópico 6, essa forma de classificar as normas constitucionais é incompatível com o modelo e os pressupostos aqui defendidos. Em linhas gerais, isso ocorre porque essa classificação é baseada em duas dicotomias que são rejeitadas nesta tese: (1) A primeira delas é aquela entre as normas que não podem e as que podem ser restringidas (*normas de eficácia plena vs. normas de eficácia contida*); (2) A segunda é a distinção entre as normas que não necessitam e as que necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional (*normas de eficácia plena vs. normas de eficácia limitada*). Ora, se se parte de um modelo de suporte fático amplo, a distinção entre restrição e regulação é mitigada, e toda regulação deve ser considerada, ao mesmo tempo, uma restrição, visto que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição deve ser considerada, ao mesmo tempo, regulamentação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles. Com isso, defende-se que toda norma que garante direitos fundamentais tem algum tipo de limitação quanto a sua eficácia. As conseqüências dessa tese, sobretudo na proteção e na realização dos direitos fundamentais serão analisadas no mesmo tópico 6.

⁵ Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 82 e *passim*.

Ao desenvolvimento e à fundamentação dessas teses são dedicados os tópicos seguintes deste artigo.⁶

2. Ponto de partida: a teoria dos princípios

Um dos pontos de partida da tese aqui resumida é a distinção entre princípios e regras, na forma como levada a cabo por Robert Alexy.⁷ Devido à limitação de espaço, nos tópicos a seguir o foco recairá apenas em dois dos principais aspectos dessa teoria: a distinção entre direitos definitivos e direitos *prima facie* e a conceituação dos princípios como mandamentos de otimização.

↑26|27↓

2.1. Direitos definitivos e direitos *prima facie*

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que regras podem ter - e quase sempre têm - exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada.⁸ Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (art. 5º, XL, da constituição). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como "é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu do que a lei anterior; nesses casos, *deve* haver retroação".

⁶ Para manter o paralelismo com a tese e, até mesmo, para facilitar uma eventual consulta posterior ao trabalho completo, após a sua publicação, decidi manter, nos tópicos, a mesma estrutura e denominação dos capítulos da tese.

⁷ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, sobretudo pp. 71 e ss.

⁸ Cf., nesse sentido, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, p. 25: "A regra pode ter exceções; nesse caso, seria impreciso e incompleto enunciar de forma simples, sem enumerar as exceções. [...] Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser listadas".

No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. Pode-se dizer que o longo caminho entre um (o "*prima facie*") e outro (o "definitivo") é um dos temas centrais deste trabalho. Nos próximos tópicos, as idéias centrais por trás desse "longo caminho" serão expostas.

2.2. Mandamentos de otimização

O elemento central da teoria dos princípios de Alexy é a definição de princípios como mandamentos de otimização. Para ele, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.⁹ Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência

↑27|28↓

quando fala em "condições jurídicas".¹⁰ No caso das regras, a aplicação não depende de condições jurídicas do caso concreto, pelo menos não nesse sentido apontado. É dessa diferença de estrutura que decorrem as diferentes formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção, para as regras, e o sopesamento, para os princípios.

3. O suporte fático dos direitos fundamentais

Suporte fático é um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro. No âmbito jurídico, seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal, no âmbito do qual é

⁹ Cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 204; do mesmo autor, *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

¹⁰ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 100-101.

também chamado de *tipo*,¹¹ e no direito tributário, em que costumam ser preferidos os termos *fato gerador*¹² e *hipótese de incidência*.¹³ Já no direito privado, especialmente no direito civil, no qual o termo *suporte fático* é mais facilmente encontrável, seu uso é mais comum, sobretudo entre os civilistas influenciados por Pontes de Miranda.¹⁴

Por que o conceito de suporte fático quase sempre passou ao largo do direito constitucional brasileiro? Parece-me ser aqui possível formular uma hipótese: porque o direito constitucional brasileiro, sobretudo o anterior à Constituição de 1988, sempre foi um *direito constitucional da organização estatal*, da organização dos poderes, e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais.¹⁵ Como se verá, é no âmbito dos direitos fundamentais que o conceito de suporte fático tem a sua aplicação por excelência no direito constitucional. Não são poucos os autores que, nesse sentido, apontam a definição do suporte fático dos direitos fundamentais e a sua relação com o conceito de restrição como uma "construção fundamental na garantia constitucional da liberdade individual contra o poder estatal".¹⁶ Na mesma linha, ainda que no âmbito do direito

↑28|29↓

privado, Pontes de Miranda já falava no suporte fático como "conceito da mais alta relevância para as exposições e as investigações científicas".¹⁷

¹¹ Cf., por todos, Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal: parte geral*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 153.

¹² Cf., por todos, Aliomar Baleeiro, *Direito tributário brasileiro*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 454 e ss.

¹³ Cf., por todos, Alfredo Augusto Becker, *Teoria geral do direito tributário*, São Paulo: Saraiva, 1963, pp. 288 e ss., que critica severamente a utilização da expressão "fato gerador", mais comumente utilizada pela literatura jurídico-tributária no Brasil.

¹⁴ Cf., por todos, Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 33-53.

¹⁵ Que esse quadro mudou radicalmente desde a promulgação da atual constituição é algo que é pacífico. Os constitucionalistas da geração pós-1988, até por uma exigência da própria constituição, passaram a dar cada vez mais atenção aos direitos fundamentais, ainda que haja muitos ainda presos à antiga tradição de ênfase na organização estatal. Para se ter uma boa idéia disso, basta analisar muitos dos manuais de direito constitucional existentes e ver, em vários casos, a pouca atenção dada aos direitos fundamentais, em favor de temas como organização dos poderes e repartição de competências.

¹⁶ Michael Kloepfer, "Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", in Christian Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. II, Tübingen: Mohr, 1976, p. 407. No mesmo sentido, cf. Klaus Stern, "Die Grundrechte und ihre Schranken", in Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, Tübingen: Mohr, 2001, p. 2.

¹⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, I, 4. ed., São Paulo: RT, 1983, p. 3.

Neste tópico, o objetivo central é, ao mesmo tempo, fixar o conteúdo do conceito de suporte fático usado na tese defendida e discutir as possibilidades de amplitude desse conceito no âmbito dos direitos fundamentais. Como ficará claro, há duas tendências básicas e contrapostas nesse ponto: suporte fático amplo *vs.* suporte fático restrito. A partir daí, a ligação deste tópico e do problema da amplitude do suporte fático com o pressuposto teórico definido no tópico 2 revela-se em sua plenitude: ainda que isso não seja sempre apreendido pela doutrina e pela jurisprudência, aceitar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios, nos moldes desenvolvidos por Alexy, implica necessariamente a rejeição das teorias restritas sobre o suporte fático. A não-atenção a essa exigência pode ser fonte de inúmeros problemas.¹⁸

3.1. Suporte fático, âmbito de proteção e intervenção

Ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito, sobretudo no direito penal, a definição do que seja suporte fático a partir da redação dos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais é algo bastante contra-intuitivo. Em uma definição ainda preliminar, é possível dizer que o preenchimento do suporte fático de uma norma é a condição para que a sua consequência jurídica possa ocorrer. No caso das disposições de direito penal, como, por exemplo, aquela que veda o homicídio, a definição do suporte fático é razoavelmente simples. O art. 121, do código penal, por exemplo, dispõe: "Matar alguém: pena - reclusão de 6 a 20 anos". Para que a consequência jurídica possa ocorrer, é necessária apenas a ocorrência daquilo que o dispositivo descreve, ou seja, que alguém seja morto por outra pessoa.

Muito diferente são as disposições que consagram direitos fundamentais. Como definir o suporte fático de normas como as que garantem a igualdade, a liberdade de expressão ou o direito à privacidade? Os textos normativos nos quais tais normas se baseiam têm redação bem diferente. Assim é que a constituição, em seu art. 5º, caput, declara que "todos são iguais perante a lei"; no inc. IV, do mesmo artigo, dispõe que "é livre a manifestação do

¹⁸ Cf., ainda que de forma breve, sobre esse tema, Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 136-140.

pensamento [...]"; ou, no inc. X, também do mesmo artigo, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". A definição do suporte fático, nesses casos, é menos intuitiva do que nos casos dos tipos penais. Quatro perguntas são aqui necessárias: (1) o que é protegido? (2) contra o quê? (3) qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) o que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

↑29|30↓

Ao contrário do que se poderia imaginar, a resposta que define o suporte fático não é apenas a resposta à primeira pergunta. Quando se fala, portanto, que "todos são iguais perante a lei", não é a definição do que é protegido - a igualdade - suficiente para se definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte - com certeza a mais importante - do suporte fático. Essa parte costuma ser chamada de *âmbito de proteção* do direito fundamental. Mas, para a configuração do suporte fático é necessário um segundo elemento - e aqui entra a parte contra-intuitiva: a *intervenção estatal*. Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção*), como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção*, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais.¹⁹ Isso porque a consequência jurídica - em geral a exigência de cessação de uma intervenção - somente pode ocorrer se houver uma *intervenção* nesse *âmbito*.

Um simples exemplo pode ilustrar essa composição dual do suporte fático. Aquele que, todos os dias, antes de dormir, ora em agradecimento ao seu deus, exerce algo protegido pela liberdade religiosa. A ação "orar antes de dormir" é abarcada, sem dúvida alguma, *pelo âmbito de proteção* da liberdade religiosa (art. 5º, VI). Mas a consequência jurídica típica de um direito de liberdade - como é o caso da liberdade religiosa - não ocorre. Como direito de defesa, essa consequência é a exigência de cessação de uma intervenção. E essa consequência - cessação da intervenção - não ocorre simplesmente porque o suporte fático dessa liberdade não foi preenchido, pois não houve nenhuma intervenção naquilo que é protegido pela liberdade religiosa.²⁰

¹⁹ Cf., por todos, Rolf Eickhoff, *Der Grundrechtseingriff*, Köln: Carl Heymann, 1992, pp. 20-21; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 185. Cf., no entanto, o tópico 3.2, no qual será inserido um terceiro elemento no conceito de suporte fático, a ausência de fundamentação constitucional.

²⁰ Neste ponto, duas observações devem ser feitas: (1) pode ser que o modelo apresentado seja um modelo adequado para a reconstrução analítica das liberdades públicas - resta saber se o é também para os direitos

3.2. O modelo defendido

Como ponto de partida, o modelo brevemente exposto acima, proposto por Alexy e defendido por Borowski, deve ser aceito. Mas não sem algumas modificações. Tanto Alexy quanto Borowski chamam de suporte fático a soma do âmbito de proteção (AP) e da intervenção estatal (IE). A esse suporte fático é contraposta a chamada fundamentação constitucional (FC). Na formulação de Borowski: *se (APx e IEx) e não-FCx, então Cfx*. Nessa formulação, "x" consiste em uma ação, um estado ou uma posição jurídica. Isso significa, segundo Borowski, que: se *x* é algo protegido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se há uma ação estatal que intervém em *x* (IEx) e se essa inter-

↑30|31↓

venção não é fundamentada (*não-FCx*), então deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de *x* (*Cfx*), que é, em geral, uma exigência de cessação da intervenção estatal.²¹

E qual é o problema desse modelo? O problema reside, em primeiro lugar, na definição de suporte fático como a junção apenas do âmbito de proteção e da intervenção estatal (*APx e IEx*). Ora, se suporte fático são *os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental*, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (*não-FC*) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*). Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como a soma do âmbito de proteção e da intervenção estatal, mas incluir nesse conceito a *ausência de fundamentação constitucional*.²²

sociais; (2) mesmo no âmbito das liberdades públicas, poder-se-ia dizer que esse modelo as encara de forma reducionista, como se fossem elas apenas direitos de defesa contra intervenções; é necessário, então, que também seja testada a sua adequação a outras funções (positivas) das liberdades públicas. O desenvolvimento desses dois questionamentos não pode, por falta de espaço, ser feito aqui. Para mais detalhes, cf. o teor integral da tese (cf. nota de rodapé 2).

²¹ Cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 187.

²² Alexy e Borowski não ignoram esse conceito ampliado de suporte fático e denominam-no de "suporte fático em sentido amplo" (cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 277 e Martin Borowski, *Grundrechte als*

Para ilustrar o que aqui se quer dizer, utilizarei um exemplo que é analisado com maiores detalhes na tese. O art. 4º, § 1º, da lei 9612/98 proíbe o "proselitismo de qualquer natureza" nas emissoras comunitárias de radiodifusão. Se substituirmos x , no modelo acima, por "proselitismo", teríamos o resultado do modelo para o caso concreto, ou seja: se "proselitismo" é garantido pelos âmbitos de proteção da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa (AP x) e se não há fundamento constitucional para a vedação desse proselitismo (não-FC(IE x)), então vale, em relação a x (proselitismo), a consequência jurídica do direito de liberdade em jogo, isto é, no caso de x (proselitismo) vale a consequência jurídica das normas que garantem as liberdades de expressão e de imprensa, que é a exigência de omissão estatal nesse âmbito e da cessação de eventual intervenção não fundamentada.²³

3.3. Suporte fático amplo vs. suporte fático restrito

O principal debate a ser travado aqui, para o qual as análises dos tópicos anteriores serviram de preparação, diz respeito à amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais. Como se pode ver ao longo de todo o trabalho apresen-

↑31|32↓

tado ao concurso, a "simples" decisão por um suporte fático amplo ou por um suporte fático restrito, cujos conceitos serão analisados a seguir, tem efeitos na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais, na fundamentação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, como será visto no tópico 6, será decisivo no debate acerca da eficácia das normas constitucionais que garantem direitos fundamentais.

3.3.1. Suporte fático restrito

A característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas.

Prinzipien, p. 188). Não é a esse conceito, no entanto, que ambos os autores fazem menção quando se referem a suporte fático.

²³ Como já se deixou claro acima (nota 20), quer-se demonstrar, aqui, a adequação do modelo apenas para a face negativa das liberdades. Não se quer com isso dizer, portanto, que a liberdade de imprensa exige pura e simplesmente uma omissão estatal.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar, com frequência, ainda que sem referência a uma teoria sobre o suporte fático dos direitos fundamentais, argumentos que se baseiam em uma exclusão, *a priori*, de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos. Em alguns casos, essa exclusão parece até mesmo trivial e intuitiva. Mas a intuição não é suficiente. Assim, por exemplo, quando o Min. Celso de Mello afirma, no HC 70.814, que "a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas",²⁴ ou quando o Min. Maurício Corrêa sustenta, no HC 82.424, que "um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra",²⁵ essas são exclusões de condutas *a priori* do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais (sigilo de correspondência - art. 5º, XII e liberdade de expressão - art. 5º, IV).

No entanto, nem sempre isso é assim tão simples. Quando o Min. Sepúlveda Pertence afirma que o sigilo bancário não é garantido pela "intimidade protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal",²⁶ está ele, da mesma forma que ocorre nos exemplos do parágrafo anterior, excluindo de antemão uma conduta, um estado ou uma posição jurídica do âmbito de proteção de um direito fundamental. A consequência dessa exclusão não é pequena: de acordo com ela, *não importa que interesses haja na proteção do sigilo bancário dos indivíduos*, essa é uma proteção que a lei ordinária criou e que, portanto, *poderá abolir quando quiser*. E, o que é mais importante: para isso não é necessária nenhuma fundamentação constitucional. Bastam juízos de conveniência e oportunidade. Em outras palavras: se o sigilo não é protegido pelo direito à privacidade - ou por qualquer outra norma de direito fundamental -, isso significa que intervenções nesse sigilo, ou a sua total abolição, são questões meramente legais e excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade.

↑32|33↓

Em todos os casos acima mencionados - e em todas as formas de argumentação que pressuponham um suporte fático restrito - não há que se falar em *restrição* a direitos

²⁴ RTJ 176, 1136 (1140).

²⁵ RTJ 188, 858 (891).

²⁶ RTJ 179, 225 (270).

fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar em sopesamento entre princípios.²⁷ José Carlos Vieira de Andrade, por meio de diversas questões - meramente retóricas - exprime bem o que se pode entender por suporte fático restrito (e a sua relação com a idéia de colisão entre princípios e o sopesamento). Entre outras, formula ele as seguinte perguntas:

"[...] terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? [...] Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário [...]"²⁸

A resposta a todas as perguntas, como se pode imaginar, é e só pode ser, para Vieira de Andrade, negativa. A fundamentação é simples, e merece também ser transcrita:

"Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que *não protege* essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, *exclui* da respectiva esfera normativa esse tipo de situações".²⁹

A distinção usada por Vieira de Andrade, entre conflitos e exclusão da proteção é fundamental para caracterizar as teorias que partem de um suporte fático restrito.

↑33|34↓

²⁷ Uma decisão recente, ainda em primeira instância, pode ilustrar bem essa consequência. Em 1981, Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como "Doca Street", foi condenado, por homicídio cometido em 1976, a 15 anos de reclusão. Muito depois de sua libertação, em 1987, a Rede Globo de Televisão produziu e transmitiu, em 2003, um programa de TV sobre o caso. Doca Street tentou, na época, proibir a transmissão, mas sem sucesso. Posteriormente, pleiteou ele indenização em razão disso. O juiz da 19a. Vara Cível do Rio de Janeiro, em sua decisão, baseou-se no seguinte argumento: "O programa em questão *não é, em absoluto, o que se pode chamar de informação jornalística*, razão pela qual *se afasta aqui qualquer discussão a respeito da ponderação de interesses* no embate entre a liberdade de informar, assegurada pela Constituição, e o direito à privacidade do indivíduo, também assegurado pela Constituição". Como se percebe, o juiz parte de um suporte fático restrito para a liberdade de imprensa e, com base nisso, decide o caso. Bastou, para tanto, excluir um programa de TV da proteção à liberdade de imprensa.

²⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 294. Em sentido semelhante, ainda que com divergências teóricas, cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, IV, , 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 332: "Pense-se, por exemplo [...] no direito de manifestação: apesar de o art. 45.º, n.º 2, nada dizer, poderá haver manifestações a toda hora e em todos os lugares?". Cf. também Klaus Stern, "Die Grundrechte und ihre Schranken", in Peter Badura / Horst Dreier, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübinge: Mohr, 2001, p. 17.

²⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, pp. 294-295 (sem grifos no original).

Posição semelhante é defendida também por Friedrich Müller. Para ele, por exemplo, o art. 5, III, 1, da constituição alemã, que garante a liberdade artística,³⁰ não garante ações como "pintura em um cruzamento entre ruas movimentadas" ou "improvisações de trombone durante à noite na rua".³¹ Não há, nesses casos também, nenhuma colisão entre direitos fundamentais, mas a *não-proteção* de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las.³²

3.3.2. Suporte fático amplo

Já ficou claro, até aqui, que exclusões *a priori*, de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é a tese central das teorias que se baseiam em um suporte fático restrito. As teorias que se baseiam em um suporte amplo, como a aqui defendida, rejeitam essa premissa. Claro que, a partir dessa constatação, a indagação necessária seria: o que, então, é protegido pelos direitos fundamentais? A resposta a essa pergunta, ao contrário do que ocorre com as teorias que se baseiam em um suporte restrito, é menos problemática no caso das teorias que pressupõem um suporte amplo. A razão é simples: no primeiro caso, a definição do suporte restrito é, em geral, a própria definição daquilo que é *definitivamente* protegido; no segundo caso - suporte amplo - definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não. Como já foi delineado no tópico 2.1, uma das principais características da teoria aqui defendida é a distinção entre aquilo que é protegido *prima facie* e aquilo que é protegido definitivamente. Essa distinção, fundamental na dogmática dos direitos fundamentais, está na base da idéia de um suporte fático amplo. É por isso que a pergunta sobre "o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado

³⁰ Art. 5, III, 1, da constituição alemã: "A arte, a ciência, a pesquisa e a docência são livres".

³¹ Cf. Friedrich Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, pp. 59-60 e 104; do mesmo autor, *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1990, pp. 99-100.

³² São diversas as estratégias argumentativas para a fundamentação de um suporte fático restrito para os direitos fundamentais. Por falta de espaço, é necessário remeter o leitor ao conteúdo integral da tese (cf. nota de rodapé 2).

direito fundamental" tem conseqüências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta "o que é protegido *prima facie* por esse direito?".

Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do "âmbito temático"³³ de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, *inde-*

↑34|35↓

pendentemente da consideração de outras variáveis.³⁴ A definição é propositalmente aberta, já que é justamente essa abertura que caracteriza a amplitude da proteção. Também a resposta individualizada à mesma questão - o que é protegido *prima facie*? - segue o mesmo caráter aberto. Exemplo: o que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento (constituição, art. 5º, IV)? Toda e qualquer manifestação de pensamento, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importa o dia e o horário. O mesmo vale para todos os direitos fundamentais.

É claro que a primeira reação a essa idéia poderia ser: "então estamos diante de direitos absolutos?". A resposta é - e só poderia ser - "não". A razão é simples. Como foi visto acima, no início deste tópico do trabalho, a definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores. Neste ponto, é necessário retomar a definição de suporte fático, vista anteriormente.

A definição sustentava que, para toda ação, estado ou posição jurídica *x*, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção estatal não fundamentada constitucionalmente, deverá ocorrer a conseqüência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção. Ocorre que é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em *intervenção estatal fundamentada*. Quando isso ocorre, não se está diante de uma *violação a*

³³ Cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 184; Wolfram Cremer, "Der Osho-Beschluss des BVerfG", *JuS* 43 (2003), p. 748; Dietrich Murswiek, "Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe", *NVwZ* 22 (2003): p. 3.

³⁴ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 291.

um direito fundamental, mas diante de uma *restrição*. Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da *fundamentação das restrições* para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação). Como se pode perceber, um dos pontos centrais da tese defendida é a restringibilidade dos direitos fundamentais. Se isso é assim, não há como se esquivar de uma análise detalhada do próprio conceito de restrição a direitos, de sua relação com o próprio direito e da principal forma de controle de restrições, a regra da proporcionalidade. É o que se faz no capítulo 4 da tese e o que se pretende sintetizar no tópico a seguir.

4. Restrições a direitos fundamentais

Como ficou claro no tópico anterior, um modelo que amplia a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o conceito de intervenção estatal, é um modelo que deve estar pronto para lidar com um problema decorrente dessa expansão: a colisão entre direitos e a necessária restrição deles em algumas situações. Este tópico do artigo pretende expor breve-

↑35|36↓

mente esse problema. Na tese que aqui se resume, o capítulo dedicado às restrições a direitos fundamentais é dividido em duas grandes partes principais: (1) Na primeira delas são analisados os dois enfoques principais na reconstrução da relação entre o direito e suas restrições (ou seus limites) - o ponto central, nessa primeira parte, é a contraposição entre as teorias interna e externa; (2) Num segundo momento, é analisada a principal forma de controle às restrições aos direitos fundamentais, a regra da proporcionalidade. Em vista da limitação de espaço e, sobretudo, do fato de que o conceito de proporcionalidade já é de uso corrente no direito público brasileiro, neste artigo será dada ênfase apenas à primeira das partes mencionadas acima, ou seja, à contraposição entre as teorias interna e externa.

4.1. As teorias externa e interna

Intimamente ligado à questão da amplitude do suporte fático dos direitos fundamentais está o problema da reconstrução da relação entre os direitos e seus limites ou restrições.

Nesse âmbito, é possível distinguir dois enfoques principais, chamados aqui de teorias *externa* e *interna*.³⁵ Tais teorias não são, contudo, criação da dogmática dos direitos fundamentais e são conhecidas no âmbito do direito civil há muito tempo, tendo suscitado intensos debates sobretudo na França, entre Planiol e Ripert,³⁶ de um lado, e Josserand,³⁷ de outro.³⁸

Como será visto nos próximos tópicos, a simples menção a termos como restrição a direitos fundamentais, sopesamento, ponderação ou proporcionalidade, que, via de regra, sobretudo na jurisprudência, são utilizados como se estivessem destacados de qualquer pressuposto teórico, exige uma clara compreensão da relação entre o *direito*, de um lado, e *seus limites ou restrições*, de outro. A precisão terminológica, neste ponto, é inafastável, pois há diversos termos, que muitas vezes são usados em conjunto, mas que, analiticamente en-

↑36|37↓

cados, são incompatíveis entre si. Idéias como a de *limites imanes*, por exemplo, não são passíveis de convivência, em uma mesma teoria, com termos como *restrição a direitos*, *abuso de direito* ou *sopesamento*. Isso porque, entre outros motivos, quando se parte de uma teoria interna, que é aquela que sustenta que o direito e seus limites são algo uno, ou seja, que os limites são imanes ao próprio direito, isso exclui que outros fatores externos, baseados, por exemplo, na idéia de sopesamento entre princípios, imponham qualquer restrição extra. As fundamentações para ambos os enfoques serão analisadas de forma breve a seguir.

³⁵ A contraposição entre as teorias interna e externa ainda não foi objeto de debates aprofundados no Brasil, pelo menos não na esfera dos direitos fundamentais. Em Portugal, no entanto, tais concepções já são analisadas há algum tempo. Cf., por exemplo, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, pp. 287 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, IV, pp. 336 e ss. e Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 292 e ss. No Brasil, é possível encontrar apenas breves menções à contraposição entre as teorias externa e interna, mas sem conseqüentes aprofundamentos, em Gilmar Ferreira Mendes, "Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações", in Gilmar Ferreira Mendes et al., *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 224-225 e, mais recentemente, Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, pp. 59-60.

³⁶ Cf. sobretudo Marcelo Planiol / Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 10. éd., Paris: LGDJ, 1926, p. 298.

³⁷ Cf. sobretudo Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927.

³⁸ Sobre os efeitos do debate na Alemanha, cf., por todos, Wilhelm Weber, *Recht der Schuldverhältnisse*, 11. Aufl., Berlin: Schweitzer, 1961, pp. 748 e ss.; para o caso austríaco, ainda também no âmbito do direito civil, cf. Peter Mader, *Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung*, Wien: Orac, 1994, pp. 113 e ss.

4.1.1. A teoria interna

Se fosse necessário resumir a idéia central da chamada teoria interna, poder-se-ia recorrer à máxima freqüentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual "o direito cessa onde o abuso começa".³⁹ Com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna - e daí o seu nome - que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em *limites imanes*. Assim, de acordo com a teoria interna, "existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanes".⁴⁰ A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*.⁴¹

Se isso é assim, ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que *direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras*.⁴² Isso porque, se a definição do conteúdo do direito é feita de antemão, isso significa, para usar a expressão de Sieckmann, que a norma que o garante tem *validade estrita*.⁴³ Segundo ele, validade estrita significa que uma norma será com certeza aplicável e produzirá todos os seus efeitos sempre que se tratar de uma situação que se enquadre na hipótese por ela descrita.⁴⁴ Se a norma possui validade estrita, ela segue o conhecido raciocínio "tudo ou nada" e não pode ser objeto de sopesamentos.

↑37|38↓

³⁹ Marcel Planiol / Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 298: "le droit cesse où l'abus commence".

⁴⁰ Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 99.

⁴¹ Cf. mais uma vez Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 99: "A extensão do direito não é modificada por colisões com outras posições jurídicas, seu conteúdo definitivo é definido de antemão".

⁴² Sobre a definição da estrutura das regras jurídicas e suas diferenças em relação à estrutura dos princípios, cf. o tópico 2.

⁴³ Cf. Jan-R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 59.

⁴⁴ Ainda que isso pareça, ao mesmo tempo, trivial e circular, uma simples análise da estrutura dos princípios, sobretudo a partir da perspectiva da teoria externa, mostrará que nem toda norma possui essa característica (validade estrita, nas palavras de Sieckmann). Os princípios, por exemplo, não a possuem. Cf. Jan-R. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle*, p. 58: princípios são "normas sem validade estrita".

Por conseqüência, se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento,⁴⁵ toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental, essa garantia tem que ser definitiva e não apenas *prima facie*.⁴⁶ A impossível distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes. Nesse sentido, não haveria como imaginar uma situação em que, a despeito de haver um direito "em si", não pudesse ele ser exercitado por haver sido restringido em decorrência da colisão com outros direitos.⁴⁷ Ou há direito subjetivo ou não há. Se o direito subjetivo existe, então pode ele ser naturalmente exercido no âmbito de seus limites.⁴⁸ Em outras palavras: no âmbito da teoria interna não há como se falar que determinada ação seja, *prima facie*, garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias - fáticas e jurídicas - do caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. Nesses casos, "[o] direito no qual a ação se baseia não existe, ou pelo menos não na forma como a ele se recorre".⁴⁹

Da mesma forma que ocorre com as teorias que se baseiam em um suporte fático restrito para os direitos fundamentais, a teoria interna tem o ônus de demonstrar a possibilidade de se fundamentar a limitação de direitos "a partir de dentro", de forma a excluir a necessidade de restrições externas. A principal figura a que se costuma recorrer, para esse fim, é aquela conhecida por limites imanentes. Mas há outras estratégias que, sem recorrer a esse tipo de limites, também pretendem fundamentar uma visão interna dos limites aos direitos fundamentais. A principal é, sem dúvida, a teoria institucional dos direitos fundamentais. Ambas - limites imanentes e teoria institucional - são analisadas com mais detalhes na tese.⁵⁰

⁴⁵ Cf. Robert Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, pp. 216-217; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 100.

⁴⁶ Sobre a distinção entre direitos definitivos e direitos *prima facie*, cf. 2.1.

⁴⁷ Cf. Peter Mader, *Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung*, pp. 114-115.

⁴⁸ Idem, p. 115.

⁴⁹ Peter Mader, *Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung*, p. 115.

⁵⁰ Cf. nota de rodapé 2.

4.1.2. A teoria externa

Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, *o direito e seus limites (imanescentes)*, a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, *o direito em si*, e, destacado dele, as suas *restric-*

↑38|39↓

ções.⁵¹ Essa diferença, que pode parecer insignificante, uma mera filigrana teórica, tem, no entanto, grandes conseqüências, práticas e teóricas. Boa parte daquilo que doutrina e jurisprudência muitas vezes tomam como dado, é, na verdade, produto dessa simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência *no conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*.⁵² A não-atenção a essa simples distinção pode ser fonte de algumas incompreensões teóricas.

4.1.3. A teoria dos princípios como teoria externa

A relação entre a teoria externa e a teoria dos princípios é a mais estreita possível.⁵³ De forma muito simples, a teoria dos princípios sustenta que, em geral, direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*. Como visto no tópico 3,

⁵¹ Cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 100; Andreas von Arnould, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranke*, Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 15 e ss.

⁵² Como foi visto acima, esse é um pressuposto central da teoria dos princípios. Expressamente: "Somente a teoria dos princípios consegue deixar clara a razão pela qual uma norma que cede a precedência a outra em um sopesamento não é nem violada nem declarada total ou parcialmente inválida [...]" (cf. Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", in Bernd Schilcher et al. (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 37).

⁵³ Em sentido parcialmente contrário, cf. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais*, p. 322 e ss. e 357. Novais defende que a teoria de Alexy é uma teoria autônoma, que não se enquadra nem nos pressupostos da teoria interna nem nos da teoria externa.

o suporte fático dessa norma - *que tem a estrutura de princípio* ⁵⁴ é o mais amplo possível. Isso implica, entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio. Essas normas constituem, portanto, as restrições ao direito fundamental garantido pelo princípio em questão. ⁵⁵ A relação, aqui, entre o analisado nos tópicos 2 e 3 e o discutido neste tópico 4 não poderia ser mais clara.

Um princípio, compreendido como mandamento de otimização, é, *prima facie*, ilimitado. A própria idéia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. ⁵⁶ Contudo, em face da impossibilidade de existência de direi-

↑39|40↓

tos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes. Aí reside a distinção, exposta anteriormente, entre o direito *prima facie* e o direito *definitivo*. ⁵⁷ Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe.

4.2. A proporcionalidade

O direito definitivo não é, assim, ao contrário do que defende a teoria interna, algo definido internamente e *a priori*. Somente nos casos concretos, ⁵⁸ após sopesamento ou, se for

⁵⁴ Ou seja, é um mandamento de otimização. Cf., sobre esse conceito, 2.2.

⁵⁵ Cf., neste ponto, por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 257; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, p. 101 e Wolfram Höfling, "Grundrechtstatbestand - Grundrechtsschranken - Grundrechtsschrankenschranken", *Jura* 16 (1984), p. 171.

⁵⁶ Mandamentos de otimização = "Normas que exigem que algo seja realizado *na maior medida possível* diante das condições fáticas e jurídicas existentes".

⁵⁷ Cf. 2.1.

⁵⁸ Em face de algumas possíveis incompreensões, é importante esclarecer o que significa "caso concreto". A expressão "caso concreto" pode significar duas coisas distintas: (1) "caso concreto" pode significar, na forma como pode ser compreendida também em sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do *Judiciário* (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas "caso concreto" pode também significar algo menos concreto, ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do *legislador* acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se por um lado é mais abstrata do que uma decisão judicial, não deixa de ter também a sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas de sua importância relativa, em uma *situação hipotética*. Exemplo dessa acepção seria, entre outros, a atividade legislativa que cria um tipo penal de calúnia (CP, art. 138). O "concreto", nesse ponto, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e "resolvida" pelo legislador em um certo sentido - a favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão -, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições.

o caso, de aplicação da regra da proporcionalidade,⁵⁹ é possível definir o que definitivamente vale. A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida *a partir de fora*, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes. Como já mencionado no início deste tópico 4, em razão da limitação de espaço - e também do fato de que o conceito de proporcionalidade já é de uso corrente no direito público brasileiro - faz-se necessário que a idéia de proporcionalidade, aqui, seja apenas mencionada, sem o devido desenvolvimento. Por proporcional, assim, entende-se a restrição que seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Para mais detalhes, é necessária a remissão ao texto completo da tese.

5. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais: teorias e possibilidades

Como já foi explicitado anteriormente,⁶⁰ na tese defendida não se pretendeu simplesmente fazer uma análise de teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais com o objetivo de, no final, optar por uma delas. Essa es-

↑40|41 ↓

tratégia foi considerada como um enfoque empobrecedor. A partir dessa premissa, ficou esclarecido que o objeto de análise, "o conteúdo essencial dos direitos fundamentais", deve ser encarado como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Esses problemas, que são, na sua complexidade, o objeto da tese, já foram analisados até aqui e são, sobretudo, aqueles ligados: (a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. O que se disse anteriormente pode e deve ser retomado aqui: é da relação dessas variáveis - e de todos os problemas que as cercam - que se define, na visão do trabalho que aqui se resume, o *conteúdo essencial dos direitos fundamentais*.

Seria possível imaginar que este tópico, cujo título envolve parcialmente o próprio título da tese, deveria ser o tópico central da tese. Mas não é necessariamente assim. Ele é, na

⁵⁹ Sobre os casos em que se deve recorrer a um (sopesamento) ou ao outro (proporcionalidade), cf. o teor integral da tese.

⁶⁰ Cf. a introdução deste artigo.

verdade, uma decorrência natural da análise realizada até aqui e tem, ao mesmo tempo, uma dimensão sistematizadora e uma dimensão desmistificadora.

A primeira dimensão consiste na sistematização de toda a análise desenvolvida até aqui com vistas a localizá-la nas principais teorias que dominam o debate sobre o chamado "conteúdo essencial dos direitos fundamentais".⁶¹ A segunda dimensão - chamada aqui, de forma provocativa, de *desmistificadora* - pretende demonstrar, em primeiro lugar, que o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais não pode ser utilizado como um mero lugar comum, um *topos* argumentativo que apele para a simples intuição do aplicador do direito. Além disso, pretende demonstrar também que o simples recurso a teorias absolutas ou relativas não é algo que independe da compreensão global da função dos direitos fundamentais, de suas estruturas analíticas mais elementares e, sobretudo, da definição do que é por eles protegido ou exigido e com base em que critérios restrições são possíveis. Com isso quer-se dizer basicamente que adotar pressupostos teóricos, como a distinção entre regras e princípios, na forma como desenvolvida pela chamada teoria dos princípios, não é algo que dependa simplesmente de uma opção por uma "teoria interessante". E, mais do que isso, não é algo que "combina" com qualquer outra teoria ou premissa teórica. Como se viu até aqui, a chamada teoria dos princípios não é apenas uma distinção entre duas espécies de normas. Isso é apenas a sua expressão mais aparente. Mas essa distinção tem, ao mesmo tempo, pré-requisitos - como a adoção de uma teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais - e conseqüências teóricas e práticas - como a aceitação da proporcionalidade e, como vai se ver no tópico seguinte, de uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Com isso, ficará claro que "o escolher uma teoria", aqui, não é exatamente uma questão de gosto,

↑41|42↓

mas uma questão de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada.⁶²

⁶¹ Cf., para um desenvolvimento dessa questão, o início do capítulo 5 da tese (ver nota de rodapé 2, deste artigo).

⁶² É claro que um "desvio no meio do caminho" não é sempre impossível nem sempre manifestação de um "sincretismo metodológico", mas implica um enorme ônus argumentativo, que não pode ser ignorado.

5.1. Conteúdo essencial relativo

Embora a própria idéia de um conteúdo *essencial* leve intuitivamente à crença de que ele só pode ser absoluto e com contornos bem definidos, a idéia oposta, ainda que contra-intuitiva, conta também com não poucos adeptos.⁶³ O ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.

A partir dessa idéia comum, a definição do conteúdo essencial, em uma perspectiva relativista, pode ser levada a cabo de diversas formas. Algumas mais simples, outras mais complexas. Eike von Hippel, por exemplo, sustenta que toda norma de direito fundamental vale apenas e tão somente na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor.⁶⁴ Isso significa que, se um dispositivo legal restringe um direito fundamental no intuito de realizar e proteger bens jurídicos mais importantes, ele não afeta o conteúdo essencial do direito restringido, mesmo que desse direito não reste nada em alguns casos individuais.⁶⁵

Embora essa seja uma tese de difícil aceitação, e a despeito de seus problemas,⁶⁶ ela aponta contudo para a direção correta, a ser desenvolvida adiante.

5.2. Conteúdo essencial relativo e proporcionalidade

A principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. Se-

⁶³ Sobre um balanço, na doutrina alemã, acerca dos adeptos de cada uma das teorias - francamente favorável à teoria absoluta - cf. Claudia Drews, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden: Nomos, 2005, pp. 299-300.

⁶⁴ Cf. Eike von Hippel, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965, pp. 26-27.

⁶⁵ Idem, p. 47.

⁶⁶ O principal deles seria a relação unidirecional na comparação entre os direitos envolvidos: basta que um seja mais importante que o outro para justificar qualquer restrição. Além disso, há também problemas metodológicos, sobretudo aqueles relacionados à definição do que exatamente significa "direito mais importante".

↑42|43↓

gundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: *restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos*.⁶⁷ É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, *restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas*. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial.

Por isso, pode-se dizer que Jorge Miranda, ao censurar as teses relativistas, "porque confundem proporcionalidade [...] e conteúdo essencial",⁶⁸ aponta, de um lado, para um fenômeno real - a relação de identidade entre ambos os conceitos -, mas a partir de uma visão negativa, por tratar a identificação como *confusão* conceitual. Não é o que as teses relativistas fazem. Como mencionado acima, as teorias que pressupõem um conteúdo

⁶⁷ O mesmo vale para a idéia de concordância prática, desenvolvida por Hesse, ou seja, a garantia de um conteúdo essencial é realizada se se garantir uma concordância prática entre os direitos envolvidos. Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 1993, n. 332, p. 140. Nesse sentido, cf., por exemplo, o acórdão 254/99, do Tribunal Constitucional português: "Por outro lado, a proibição de 'diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais' do n.º 3 do artigo 18.º não se refere ao seu conteúdo à partida (prima facie ou a priori), mas ao seu conteúdo 'essencial', como resulta afinal do processo de interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais, incluindo a solução dos conflitos entre direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Quer isto dizer que a final sempre haverá circunstâncias ou pressupostos de facto em que o direito fundamental é reconhecido e que constituem o seu conteúdo essencial. Nesta medida, a proibição da parte final do n.º 3 é uma consequência do princípio da harmonização ou concordância prática dos direitos ou interesses em conflito que o Tribunal tem aplicado" (sem grifos no original).

⁶⁸ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, IV, p. 341. Em sentido semelhante, cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 305.

essencial relativo *identificam* esse núcleo com o produto da aplicação da regra da proporcionalidade.⁶⁹ Ou seja, tratam a essencialidade como um valor a ser respeitado no caso concreto. Se assim não fosse, ou seja, se fosse necessário distinguir os conceitos de proporcionalidade e conteúdo essencial dos direitos fundamentais, seria necessário aceitar que restrições a direitos fundamentais, *ainda que proporcionais*, pudessem eventualmente afetar o seu conteúdo essencial. Essa é uma possibilidade

↑43|44↓

que parece ser pressuposta no já citado voto do Min. Celso de Mello, no "Caso Ellwanger". Vale a pena transcrever uma passagem aqui:

"[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina".⁷⁰

A partir do raciocínio que subjaz ao trecho transcrito, existiria o risco de que a "utilização do método da ponderação de bens e interesses" pudesse importar "em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais". Haveria, então, a necessidade de uma dupla garantia: em primeiro lugar, os direitos em jogo deveriam ser ponderados; mas o resultado dessa ponderação só pode ser aceitável se respeitar a condição de não esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos. Esse raciocínio exige a análise de dois pontos importantíssimos.

(1) É possível que, em casos concretos específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento / ponderação), nada reste de um determinado direito.⁷¹ Por mais que isso soe estranho e possa passar uma certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. Quando alguém, por exemplo, tem seu sigilo telefônico devassado e suas conversas interceptadas, nada sobra desse direito

⁶⁹ Cf., contudo, para um exemplo de relativista que não faz essa identificação, Horst Dreier, "Art. 19 II", in Horst Dreier (Hrsg.) *Grundgesetz: Kommentar*, Tübingen: Mohr, 1996, n. 14, p. 1088.

⁷⁰ RTJ 188, 858 (912) (sem grifos no original).

⁷¹ Cf., no mesmo sentido, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 269. Cf. também José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 307.

fundamental. Quando se proíbe a exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria jornalística, também sobra pouco ou nada da liberdade de imprensa naquele caso concreto. Quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é aniquilada. Ou, por fim - e talvez de forma ainda mais clara - quando alguém tem um terreno que é desapropriado, o seu direito, nesse caso concreto, desaparece por completo. Em diversos casos semelhantes, por ser impossível graduar a realização de um determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total.

É claro que seria possível, nos exemplos mencionados acima, recorrer à idéia de limite imanente. Assim, se um livro teve a sua publicação proibida, isso ocorreu provavelmente porque o seu autor ou caluniou, injuriou ou difamou alguém, ou porque não respeitou a privacidade de um indivíduo ou o seu direito a imagem. Nesses casos, como sempre ocorre nos casos de suporte fático restrito

↑44|45↓

dos direitos fundamentais, o argumento seria razoavelmente simples: não havia nem que se falar em respeito a um conteúdo essencial de um direito fundamental, já que não se tratava de conduta protegida por algum desses direitos. Embora seja uma estratégia possível, a conclusão necessária aqui seria: então não era também o caso de recorrer à proporcionalidade ou ao sopesamento. Mas, como se viu no voto do Min. Celso de Mello, a referência é feita, em primeiro lugar, ao sopesamento (ou ponderação) e, complementarmente, recorre-se também ao conceito de conteúdo essencial. Nesses casos, a estratégia do suporte fático restrito e do recurso aos limites imanentes está excluída.⁷²

(2) O problema adicional criado pelo alerta presente no voto do Min. Celso de Mello - "desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais" - refere-se ao método de controle desse esvaziamento e a solução para o caso em que ele se verifique. No caso do método de controle - que significa basicamente saber "quando a garantia do conteúdo essencial foi violada" - esse é o ponto problemático de todas as teorias *absolutas* acerca desse conteúdo. A essa questão não respondida soma-se outra: supondo-se

⁷² No mesmo sentido, cf., por todos, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 59.

que haja uma forma de se saber quando uma "ponderação de bens e interesses" importa no esvaziamento do conteúdo essencial de um direito, qual deve ser, nesses casos, a consequência dessa conclusão? Rejeitar o sopesamento? Recorrer a outro método? Se se tratar de princípios, que método poderá ser esse?

Todas essas questões não respondidas tem uma fonte única: exigir uma dupla garantia - proporcionalidade e conteúdo essencial. Essa dupla exigência, que aparenta conferir um maior grau de proteção aos direitos fundamentais é, na verdade, pelo menos a partir dos pressupostos das teorias relativas, uma redundância. E é essa redundância que gera os problemas interpretativos expostos acima.

6. Eficácia das normas constitucionais

Da mesma forma que não foi possível, por razões de espaço, um desenvolvimento do conceito de proporcionalidade, não será também possível, aqui, fazer uma exposição das teorias acerca da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. Contudo, dada a sua utilização corrente nas últimas décadas na literatura e na jurisprudência constitucionais no Brasil, parece-me possível pressupor um amplo domínio dos termos em que as normas constitucionais foram classificadas, por José Afonso da Silva, em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.⁷³

↑45|46↓

6.1. Teorias externa, suporte fático amplo e eficácia dos direitos fundamentais

As incompatibilidades do modelo aqui proposto com as teorias tradicionais acerca da eficácia das normas constitucionais, sobretudo na versão desenvolvida por José Afonso da Silva, decorrem principalmente dos seguintes fatores:

(1) A aceitação de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais implica uma extensão do âmbito de proteção de todos os direitos fundamentais e do conceito de intervenção estatal. A extensão do âmbito de proteção tem como consequência natural um aumento das colisões entre direitos fundamentais. Esse aumento, como visto, só pode ser

⁷³ Para mais detalhes, cf. Cf. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6. ed. (3. tir.), São Paulo: Malheiros, 2004.

resolvido via sopesamento ou via aplicação da regra da proporcionalidade. Isso vale para todos os direitos, sobretudo para as liberdades públicas. Com isso, pressupõe-se, de início, a restringibilidade de *todos* os direitos fundamentais, baseada na distinção, vista no tópico 2.1, entre direitos *prima facie* e direitos definitivos. Essa distinção, que reflete a idéia central da teoria externa, não pode ter lugar em um modelo que sustente a existência de normas de eficácia plena e que sejam irrestringíveis, já que a passagem do direito *prima facie* para o direito definitivo é justamente a expressão desse processo de restrição/regulamentação.

(2) Isso faz com que o recurso a qualquer forma de limitação implícita (*limites imanes*) a direitos fundamentais seja rejeitada. Toda e qualquer limitação é decorrência de uma restrição externa ao direito fundamental (*teoria externa*). Nesse sentido, normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada (modelo José Afonso da Silva) são suscetíveis, na mesma medida, a restrições. *Nada as diferencia nesse aspecto.*

(3) Como visto no tópico 5.1, a única forma de se construir um modelo sobre a garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que seja compatível com os pressupostos da teoria dos princípios é a partir da compreensão de um conteúdo essencial relativo. No caso dos modelos tradicionais acerca da eficácia das normas constitucionais, a garantia de um conteúdo essencial depende do tipo de norma em questão.

(3.1) Nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia plena, o conteúdo essencial do direito é idêntico ao conteúdo total. Isso porque, como se viu, nesses casos, o que se defende é uma impossibilidade de qualquer restrição. Se não é possível restringir, o essencial é igual ao total. Trata-se, portanto, de um núcleo não apenas absoluto, mas que ocupa todo o âmbito de proteção do direito.

(3.2) Nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia contida (ou restringível), a definição do conteúdo essencial é mais complexa. Nenhum dos autores que diferenciam entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida (ou restringível) - José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Michel Temer, dentre outros - fornece subsídios para se

↑46|47↓

saber quais graus de restrição são aceitos e quais não são. Na ausência desses critérios, seria

possível sustentar qualquer forma de garantia de um núcleo essencial e, no limite, até mesmo a negação da existência desse núcleo.

(3.3.) Por fim, nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia limitada, sobretudo no caso dos direitos sociais, parece também ser muito difícil analisar qual poderia ser o seu conteúdo essencial. Isso porque, em geral, essas são normas que, segundo os modelos tradicionais, dependem de regulamentação e de intervenção estatal para iniciar a sua produção de efeitos. Via de regra, nem mesmo se cogita falar em restrição a tais direitos, já que o que ocupa a doutrina, nesses casos, é algo que *parece ser* anterior à possibilidade de restrição, que é a própria criação de condições para que eles produzam algum efeito. Se tais normas, a partir do texto constitucional, não dispõem de quase nenhuma condição de produzir efeitos, não faria sentido restringir a sua eficácia, pois pouco ou nada há a ser restringido. Aqui, também, fica difícil pensar em um conteúdo essencial, absoluto ou relativo.

Sobretudo nesse último caso, as conclusões possíveis a partir dos pressupostos deste trabalho são muito distintas.

6.2. Eficácia e garantia dos direitos fundamentais

Se fosse necessário sintetizar as conclusões gerais do trabalho aqui resumido, pelo menos no âmbito que interessa a este tópico, poder-se-ia dizer: todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis. Em geral, é até mesmo difícil - às vezes impossível - distinguir o que é restringir e o que é regulamentar direitos.⁷⁴ Em vista disso, a conclusão, que já foi mencionada ao longo dos tópicos anteriores, só pode ser a seguinte: *se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, *se tudo é regulamentável* e, mais do que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*,⁷⁵ perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de

⁷⁴ Esse é um ponto central da tese que, por razões de espaço, não pode ser desenvolvido aqui.

⁷⁵ Cf., nesse sentido, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, n. 303, p. 129: "Para produzir efeitos, a maioria dos direitos fundamentais depende de uma regulamentação jurídica das relações e dos âmbitos da vida que eles devem garantir. Essa regulamentação é, em primeira linha, *tarifa*

regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

Em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar que uma ampla abertura para restrições e regulamentações a direitos fundamentais, defendida como consequência natural dos pressupostos deste trabalho, poderia significar um ris-

↑47|48↓

co à sua proteção. Com base no que já foi analisado, sobretudo nos tópicos 3 e 4, não é difícil perceber que o que ocorre é justamente o contrário, como se desenvolverá, de maneira conclusiva, abaixo.⁷⁶

7. Conclusão

É claro que não é tarefa fácil resumir, no limitado espaço de um artigo, uma tese cujo desenvolvimento ocupou mais de trezentas páginas. Estou ciente de que, em razão dessa dificuldade, algumas partes deste artigo talvez tenham ficado um pouco truncadas. Tarefa ainda mais difícil é, em face desses problemas, sintetizar todas as conclusões em alguns poucos tópicos ao final deste artigo. Por isso, e da mesma forma que fiz na tese, elenco apenas as três conclusões principais da investigação, para cuja completa compreensão, estou ciente, seria necessária a leitura do trabalho completo. Espero que elas possam, aqui, ao menos despertar a curiosidade para essa leitura.

7.1. Restrições aos direitos fundamentais

A tese defendida funda-se em um modelo de direitos fundamentais que tem duas características principais: (1) Ao contrário do que defende a teoria interna, é imprescindível distinguir os direitos fundamentais de suas restrições - rejeita-se, portanto, o conceito uno de "direitos com seus limites imanentes"; e (2) Ao contrário do que sustentam teorias baseadas em um suporte fático restrito, não se deve excluir *de antemão*, da proteção dos direitos fundamentais, condutas, estados e posições jurídicas que possuam algum elemento, por mais ínfimo que seja, que justificaria tal proteção.

do legislador ordinário. Ela pode se basear em uma exigência constitucional expressa [...]. Mas ela pode também se mostrar necessária independentemente desse tipo de exigência." (grifos no original).

⁷⁶ Cf. 7.2.

A partir desse pressuposto, ou seja, a partir de uma proteção amplíssima, ainda que *prima facie*, a essas condutas, estados e posições jurídicas, existe uma tendência a um grande aumento no número de colisões entre direitos fundamentais. Essa tendência leva a uma necessidade de restrição a direitos fundamentais, quando isso for necessário para a solução de colisões. *Todo direito fundamental é, portanto, restringível.*

7.2. Proteção aos direitos fundamentais

Uma tese que propõe a restringibilidade de todos os direitos fundamentais pode dar a impressão inicial de, com isso, legitimar também uma diminuição no grau de proteção desses direitos. Como se quis demonstrar ao longo de toda a tese defendida, *é justamente o contrário o que ocorre.*

A *explicitação* da restringibilidade dos direitos fundamentais é acompanhada, no modelo aqui defendido, de uma *exigência de fundamentação consti-*

↑48|49↓

tucional, para qualquer caso de restrição, *que não está presente em outras teorias.* O que aqui se defende, portanto, é a tese de que a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um *ônus argumentativo* ao legislador, ao juiz e ao administrador; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade⁷⁷ ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. Nessas teorias, *a restrição ocorre de forma disfarçada*, com base em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. Como se tentou deixar claro ao longo do trabalho, essas teorias, ao excluírem de antemão essa proteção, *liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo.* A partir delas, por exemplo, proibir o proselitismo nas emissoras comunitárias ou criar qualquer exceção ao sigilo bancário são atos que podem ser realizados, *sem necessidade de fundamentação constitucional*, pelo legislador ordinário, visto que se nega, *de antemão*, a inclusão de um (proselitismo) e de outro (sigilo bancário) na proteção dos direitos fundamentais. *O ônus argumentativo, como se vê, desaparece.*

⁷⁷ A menção à "especificidade" remete à teoria de Friedirch Müller, analisada na tese.

É fácil perceber, portanto, que a possível relativização dos direitos fundamentais, que encontra a sua expressão maior na negação de um conteúdo essencial desses direitos que não seja também meramente relativo, não é o produto de um "relativismo nihilista" ou algo semelhante. É, ao contrário, uma tentativa de criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do legislativo e do judiciário, a partir de um modelo que impõe, *a todo tempo*, exigências de fundamentação. O relativismo, portanto, está aqui claramente em conexão com as exigências de um Estado Democrático de Direito, que não aceita a restrição aos seus direitos mais fundamentais de forma acobertada, por meio do recurso a intuições, muitas vezes moralistas, e a pré-compreensões mal-esclarecidas.

7.3. Eficácia das normas constitucionais

A partir da consolidação da idéia de que todo direito fundamental é restringível, colocou-se em xeque a tradicional distinção das normas constitucionais, quanto a sua eficácia, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

A distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida foi colocada em xeque porque se baseia justamente na possibilidade ou impossibilidade de restrições. Normas de eficácia plena não seriam restringíveis, enquanto as normas de eficácia contida seriam. Contudo, se todos os direitos fundamentais são restringíveis, a distinção perde a sua razão de ser.

↑49|50↓

Seria possível imaginar, contudo, que permaneceria a distinção entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada.⁷⁸ De eficácia plena seriam as normas que, desde a promulgação da constituição, já reúnem todos os elementos necessários para a produção de todos os efeitos desejados. De eficácia limitada, ao contrário, seriam aquelas normas que dependem de alguma regulamentação posterior que lhes complemente a eficácia. Contudo, como se tentou demonstrar na tese, essa é uma distinção que se baseia em dois pontos de vista no mínimo questionáveis: (1) a crença de que alguma norma pode

⁷⁸ Nesse sentido, cf., por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 251.

produzir todos os seus efeitos sem as necessárias condições fáticas, jurídicas e institucionais para tanto e, pressuposto desse primeiro ponto (2) a crença na possibilidade de distinção estrita entre eficácia e efetividade.

A partir da análise levada a cabo na tese, tentou-se demonstrar que *toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia*. Ou seja: *todas as normas são de eficácia limitada*.

Aqui, mais uma vez, poder-se-ia imaginar que a tese defendida implica um menor grau de proteção aos direitos fundamentais. Mais uma vez, o que ocorre é o contrário. A classificação de José Afonso da Silva teve o *inegável mérito de romper com a concepção de norma constitucional despida de qualquer eficácia*. Essa é uma idéia agora consolidada. O que aqui se propõe é tentar ir um pouco além.

A consolidação da classificação tríplice, sobretudo destacada de seu intento inovador inicial, acabou por gerar, com o passar do tempo, uma situação que impede um maior desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais. Essa situação pode ser resumida da forma que se segue.

De um lado, a *crença na eficácia plena* de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a idéia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. *Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade*. Para mencionar apenas um exemplo: se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa idéia, torna-se possível exigir, por exemplo, *ações* que criem as condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática.

De outro lado, a constatação de que algumas normas têm eficácia meramente limitada pode levar a duas posturas diversas: com base em uma determinada concepção de separação de poderes, pode-se imaginar que não resta nada aos operadores do direito, sobretudo aos

juízes, senão *esperar* por uma ação

↑50|51↓

dos poderes políticos; com base em concepção diversa, pode-se imaginar que a tarefa do operador do direito, sobretudo do juiz, é *substituir* os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios. Segundo o modelo que aqui se defende, nem uma nem outra posturas são as mais adequadas.

Com a ênfase, reiterada a todo instante, nas *exigências argumentativas que as restrições e a proteção aos direitos fundamentais impõem*, a postura mais adequada parece ser aquela que se disponha a um *desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais* baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um *diálogo constitucional* fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade.