

Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal?

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

605 ↓

1. Introdução

Em seu catálogo de direitos fundamentais, a constituição brasileira faz menção à lei ordinária em diversos momentos, de diversas formas e em diversos contextos. Nos incisos do art. 5º, é possível encontrar, dentre outras, expressões como "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer", "a lei estabelecerá", "regulada pela lei", "nas hipóteses previstas em lei" ou "definidos em lei". Nessa variação de formas e redações, associada à ausência de menção à lei em diversos incisos, parte da doutrina pretende ver um "sistema de reserva legal" no âmbito dos direitos fundamentais da constituição de 1988, inspirado em modelos existentes em outros países, sobretudo na Alemanha.¹ O intuito deste trabalho é, de forma geral, analisar se, de fato, faz sentido falar em um sistema desse tipo e quais são as suas conseqüências para a garantia e a realização dos direitos fundamentais.

¹ Cf. sobretudo Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, pp. 75-77; Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 163-166; Gilmar Ferreira Mendes, "Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações", in Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho & Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 232 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 37-38; Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 64 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 210 e ss.; Rodrigo Brandão, "Emendas constitucionais e restrições aos direitos fundamentais", *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 12 (2007), pp. 20 e ss.; Renato Franco de Almeida / Aline Bayerl Coelho, "Assinatura nos serviços de telefonia: ilegalidade", *Revista CEJ* 27 (2004), pp. 79-85.

Para alcançar esse objetivo, este texto está organizado da seguinte forma. Em primeiro lugar será analisada a relação entre restrição e reserva de lei e exposto o sistema triádico de reserva legal aceito por parte dos constitucionalistas alemães e portugueses. Os tópicos seguintes são dedicados à exposição do empréstimo desse modelo por parte da doutrina constitucional brasileira. Feito isso, será analisada a relação entre esse modelo de reserva e a figura dos limites iminentes. Os tópicos que se seguem abordam os efeitos de uma eventual aplicação do modelo à constituição brasileira. À conclusão geral é dedicado o último tópico.

2. Restrições e reserva de lei

No debate jurídico de outros países - como Alemanha e Portugal, por exemplo -, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é às vezes associada à idéia de reserva

↑ 605|606 ↓

legal.² Isso, entre outras razões, porque as constituições desses países, em seus catálogos de direitos fundamentais, contêm diversas disposições sobre a restringibilidade dos direitos fundamentais. Com base nesse material, a doutrina desenvolveu uma teoria triádica sobre a chamada *reserva legal*,³ composta por (1) direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples; (2) direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada e (3) direitos fundamentais não submetidos a reserva legal.⁴ Passo a uma breve análise de cada uma delas.

2.1. Direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples

² A ressalva "às vezes" é aqui proposital e necessária, pois mesmo nesses países há um enorme ceticismo quanto à possibilidade de se extrair algum significado sistemático das referências à lei nos dispositivos de direitos fundamentais de suas constituições. Nesse sentido, cf. a nota de rodapé 35, abaixo.

³ Cf., por todos, Bodo Pieroth / Bernard Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 18. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 2002, n. 252, p. 60. Em português, cf. Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 170.

⁴ É possível ainda acrescentar uma quarta categoria, na qual se inseririam "os casos em que a própria Constituição estabelece um limite ao âmbito potencial de determinado direito fundamental" (J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 149; no mesmo sentido, cf. Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, p. 75). Esse quarto caso é aqui incluído na terceira das categorias, ou seja, na categoria dos direitos não submetidos a reserva legal, já que os limites estabelecidos pela constituição não constituem uma reserva legal. Já Michael Sachs, *Verfassungsrecht II: Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin: Springer, 2003, p. 119, fala apenas em duas categorias, excluindo a categoria dos direitos fundamentais não submetidos a reserva de lei.

Direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples são aqueles direitos garantidos por dispositivos constitucionais que mencionam de forma genérica a possibilidade de intervenção legal em seu âmbito. O que se quer dizer com isso é que a constituição não impõe parâmetros para a lei interventora, apenas menciona a possibilidade dessa intervenção. Segundo alguns autores que defendem a existência de um sistema de reserva legal na constituição brasileira, seriam exemplos de direitos garantidos com reserva legal simples aqueles garantidos pelo art. 5º, VI (liberdade de consciência e de crença), VII (assistência religiosa), XV (liberdade de locomoção), XLVI (individualização da pena), dentre outros.⁵

2.2. Direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada

Segundo Canotilho e Moreira, nos casos de direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada, "a Constituição remete para a lei *apenas* a delimitação de *um aspecto* específico do âmbito de um determinado direito fundamental, cabendo então à lei *executar* essa delimitação".⁶ No caso da constituição portuguesa, alguns exemplos seriam os arts.

↑ 606|607 ↓

35, 4 ("A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático [...]") e 50, 3 ("No acesso a cargos electivos a lei só pode estabelecer as inelegibilidades necessárias para garantir a liberdade de escolha dos eleitores e a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos").⁷ Na constituição alemã, os principais exemplos seriam os arts. 11, 2 ("Esse direito [a liberdade de locomoção] só pode ser restringido por lei, ou com base em uma lei, e somente nos casos em que [...]") e art. 13, 7 ("Intervenções e restrições [na inviolabilidade do domicílio] só podem ocorrer [...] com base em uma lei [...] para a prevenção de perigos iminentes à segurança e à ordem públicas, especialmente para

⁵ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações", pp. 232 e ss. No mesmo sentido, Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, p. 65.

⁶ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 149 (sem grifos no original).

⁷ Para mais exemplos, cf., J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 149 e Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, p. 170.

remediar a escassez de habitações, para o combate a epidemias ou para a proteção de menores").

No caso da constituição brasileira, Gilmar Ferreira Mendes menciona os seguintes dispositivos constitucionais como garantidores de direitos fundamentais submetidos a reserva legal qualificada: art. 5º, XII (sigilo de correspondência), XIII (liberdade profissional) e LX (restrição da publicidade processual).⁸

2.3. Direitos fundamentais não submetidos a reserva legal

Direitos fundamentais não submetidos a reserva legal seriam aqueles garantidos por dispositivos constitucionais que não fazem menção a nenhuma possibilidade de intervenção legal em seu âmbito. No caso da constituição brasileira, um exemplo de direito não submetido a reserva legal seria, segundo Edilson Pereira de Farias, o direito garantido pelo art. 5º, IX (liberdade intelectual, artística e científica).⁹

A principal consequência da existência de direitos fundamentais não submetidos a reserva legal seria, segundo alguns autores, a sua não-restringibilidade. Nesse sentido, por exemplo, Friedrich Müller sustenta não somente que um "direito fundamental garantido sem reserva legal não pode ser restringido nem por uma lei nem com base em uma lei",¹⁰ mas também que nem o Judiciário poderia restringir um direito fundamental não submetido a uma previsão expressa de restringibilidade.¹¹

3. O empréstimo constitucional inadequado

Em trabalho anterior, fiz menção ao chamado "empréstimo constitucional".¹² Como definição básica do conceito, disse que ele, de maneira geral, refere-se às *influências consti-*

↑ 607 | 608 ↓

⁸ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações", pp. 236 e ss. No mesmo sentido, Cláudia Perotto Biagi, *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*, p. 66.

⁹ Cf. Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, p. 76.

¹⁰ Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 55.

¹¹ Idem.

¹² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 173.

tucionais entre diversos países e, mais especificamente - para usar os termos de Friedman e Saunders - "inclui transplantes e adaptações, reconhecidos ou não, em qualquer estágio da criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subseqüentes".¹³

O empréstimo constitucional, enquanto fenômeno jurídico, é algo corriqueiro e que sempre existiu. Para que ocorra, seja no plano *constitucional-legal* (ou seja, o empréstimo de dispositivos da constituição ou das leis de um país para a constituição ou as leis de outro), seja no plano *teórico* (ou seja, na utilização, em um país, de teorias desenvolvidas em outro), seja ainda no plano *jurisprudencial*¹⁴ (ou seja, na utilização de decisões estrangeiras como argumentos em um tribunal de um determinado país), não costuma ser necessário nenhum tipo de previsão legal ou constitucional.

No primeiro caso, isso é mais óbvio, já que o legislador, constituinte ou ordinário, não precisa de "autorização" para criar dispositivos jurídicos em seu âmbito de competência. Nesses casos, exigível é apenas a cautela do legislador na análise da oportunidade e conveniência de tais empréstimos, especialmente na análise de sua viabilidade fática e adequação social. Já nos casos de empréstimos teóricos, também não faria grande sentido que dependessem de algum tipo de autorização legal ou constitucional. A teoria do direito não está condicionada a autorizações expressas para o desenvolvimento de teorias, princípios ou cânones para a interpretação da constituição.¹⁵ No caso dos empréstimos jurisprudenciais, por mais que haja tribunais que sejam absolutamente refratários a essa prática - o exemplo

¹³ Barry Friedman / Cheryl Saunders, "Symposium - Constitutional Borrowing: Editor's Introduction", *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003), p. 177.

¹⁴ Agradeço aqui a Marcelo Neves e Flávia Piovesan por terem me alertado para a necessidade de incluir essa terceira categoria de empréstimo dentro do gênero "empréstimo constitucional".

¹⁵ Em sentido parcialmente contrário, cf. Leonardo Martins, "Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio", *Revista dos Tribunais* 824 (2004), pp. 427-428. Martins sustenta que critérios interpretativos desenvolvidos em outros países podem ser utilizados na interpretação da constituição brasileira porque o art. 5º, § 2º da nossa constituição assim autorizaria.

mais conhecido talvez seja a Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁶ - sua prática tem sido cada vez mais constante e fomentada em diversos tribunais do mundo.

No entanto, é necessário tomar cuidado para que a normalidade do empréstimo constitucional não dê ensejo a empréstimos sem maiores cuidados ou a transplantes puros e simples, sem a devida atenção ao material normativo-constitucional brasileiro. Esse parece ser o caso da relação entre as restrições a direitos fundamentais e a chamada reserva de lei.

Como foi visto acima, com base em suas respectivas constituições, as doutrinas alemã e portuguesa diferenciam entre três tipos de proteção a direitos fundamentais, de acordo com o tipo de reserva legal prevista. Há os direitos fundamentais que, segundo o texto constitucional, poderiam ser restringidos por lei, sem maiores qualificações; há aqueles

↑ 608|609 ↓

direitos fundamentais que poderiam ser restringidos por lei, mas o conteúdo da restrição legal já é definido pela constituição; e, por fim, há os direitos fundamentais para os quais o texto constitucional não prevê nenhuma possibilidade de restrição. A questão determinante, neste ponto, é saber se esse modelo é aplicável à constituição brasileira.

4. Os direitos fundamentais na constituição brasileira e a reserva de lei

Como já mencionado de passagem anteriormente, há autores que, ao tratarem do problema da restrição aos direitos fundamentais da constituição brasileira, recorrem à classificação de reserva de lei exposta acima.¹⁷ De acordo com Edilson Pereira de Farias, um exemplo de dispositivo com reserva legal simples seria o art. 5º, inc. XXXII, que dispõe que incumbe ao Estado promover, *na forma da lei*, a proteção do consumidor. Já um exemplo de dispositivo com reserva de lei qualificada seria o art. 5º, XXIV, que dispõe que *a lei estabelecerá* o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por

¹⁶ Embora seja verdade que a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha feito uso de precedentes estrangeiros em algumas decisões recentes (especialmente nas decisões *Roper v. Simmons*, [543 U.S. 551 (2005)] e *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558 (2003)]), essa prática, além de ainda ser excepcional, foi duramente criticada (cf., por todos, o voto divergente do Juiz Scalia na própria decisão *Roper v. Simmons*), levando até mesmo o Congresso dos Estados Unidos a propor a sua proibição. Para um extenso estudo empírico sobre o raro uso de decisões estrangeiras por tribunais dos Estados Unidos, David Zaring, "The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis", *Journal of Empirical Legal Studies* 3 (2006): 297-331.

¹⁷ Cf., por todos, os autores mencionados na nota de rodapé 1.

interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.¹⁸ Já Gilmar Ferreira Mendes utiliza, como exemplo de dispositivo com reserva legal simples, o art. 5º, VI, da constituição, enquanto que os incisos XII e XIII do mesmo art. 5º seriam exemplos de dispositivos com menção a uma reserva de lei qualificada.¹⁹

Também na jurisprudência do STF, nos últimos tempos, algumas decisões têm abordado o tema "reserva legal", em termos muito semelhantes aos desenvolvidos pela doutrina. Talvez a mais importante delas seja a decisão no HC 84.862, em que se discutia a constitucionalidade art. 2º, § 1º, da lei 8072/90.²⁰ Ao tratar da individualização da pena, sustentou-se que a referência à lei, no art. 5º, XLVI, da constituição, é uma *reserva legal simples*, nos termos vistos acima, e com base nos exemplos alemão e português.²¹ Mas apesar disso - ou seja, apesar de ser um direito sujeito a reserva simples - o legislador não estaria, segundo o Min. Gilmar Mendes, autorizado a ir tão longe, de modo a prever o cumprimento integral da pena em regime fechado nos casos de crimes hediondos, porque isso feriria o conteúdo essencial do direito à individualização da pena.

Não pretendo analisar, neste ponto, o problema de fundo da decisão, que é o problema da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.²² O que eu pretendia aqui era simplesmente apontar o empréstimo, também na jurisprudência do STF, da terminologia alemã (e de outros países) acerca da reserva legal no âmbito dos direitos

↑ 609|610 ↓

fundamentais, nos moldes expostos acima.²³ O que importa aqui, portanto, é analisar a necessidade de tal empréstimo - seja na doutrina, seja na jurisprudência -, o que será feito adiante.

¹⁸ Cf. Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, p. 76.

¹⁹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes, "Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações", pp. 233 e ss

²⁰ Lei 8072/90: "Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado."

²¹ Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes menciona também diversos outros incisos do art. 5º (incs. VI, VII, XV, XLV) como exemplos de reserva legal simples.

²² Sobre isso, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2008.

²³ Cf. 2.1, 2.2 e 2.3.

5. Reserva de lei e limites imanentes: empréstimos desnecessários

À primeira vista, poder-se-ia pensar que os exemplos extraídos da constituição brasileira e elencados pela doutrina e pela jurisprudência acerca da chamada "reserva legal" enquadram-se perfeitamente nas três categorias dogmáticas utilizadas, entre outros, pelo direito constitucional alemão e pelo direito constitucional português. Em alguns dos dispositivos de seu catálogo de direitos fundamentais, a constituição brasileira, de fato, faz menção genérica à lei.²⁴ Em outros, essa referência à lei é acompanhada de diretrizes ao legislador ordinário sobre a finalidade dessa legislação.²⁵ Por fim, há um sem número de dispositivos que não fazem menção a lei nenhuma.

Essa semelhança entre o texto de alguns dispositivos da constituição brasileira e alguns dispositivos de outras constituições *não é suficiente*, contudo, para justificar o empréstimo teórico. Há algo de decisivo nas constituições que servem de parâmetro para o empréstimo que não está presente na constituição brasileira: a previsão de que *somente quando autorizado expressamente pela constituição* pode o legislador restringir ou regular algum direito fundamental.

Nesse sentido, a constituição portuguesa, em seu art. 18, 2, dispõe:

"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias *nos casos expressamente previstos na Constituição* [...]"

Já a constituição alemã, em seu art. 19, 1, prevê:

"Caso um direito fundamental possa, *pelo disposto nesta Constituição*, ser restringido por lei ou em virtude de lei, tal lei deverá ser geral e não valer apenas para um caso específico".²⁶

Ora, a combinação de três fatores - (1) a existência desses dispositivos acima transcritos; (2) a existência de disposições de direitos fundamentais sem referência a uma possível restrição, ou seja, de disposições de direitos fundamentais sem reserva legal; e (3) a premissa

²⁴ Cf. art. 5º, LVIII: "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

²⁵ Cf. art. 5º, XII: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer *para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*".

²⁶ Além das constituições portuguesa e alemã, cf., no mesmo sentido, as constituições do México (art. 1º), da Macedônia (54, 1), da Eslováquia (13, 2) e da Eslovênia (15, 3).

de que não há liberdade absoluta²⁷ - foi a razão da necessidade de se recorrer, seja no caso alemão, seja no caso português, seja em outros casos, à categoria denominada

↑ 610|611 ↓

"limites imanes".²⁸ Mais do que isso: é a combinação desses fatores que fornece algum argumento a favor de um suporte fático restrito, como forma de tentar evitar o enfrentamento do problema das restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição, já que, quanto mais restrito o suporte fático, menos restrições seriam necessárias.²⁹ Por fim, é também a combinação desses três fatores que poderia dar uma certa força extra à teoria interna,³⁰ já que ela seria, também, uma forma de evitar o reconhecimento de que as restrições a direitos fundamentais, sejam autorizadas ou não, são constitutivas e não meramente declaratórias de limites imanes já existentes.

Mas, se um dos fatores acima elencados não está presente, como é o caso da realidade constitucional brasileira, tanto o recurso a limites imanes, quanto a pressuposição de que o suporte fático dos direitos fundamentais deve ser restrito, quanto, por fim, a filiação a algum tipo de teoria interna perde muito de seu sentido.

6. Reserva legal no Brasil e seus efeitos

Como foi visto acima, a constituição brasileira, por não conter nenhum dispositivo que discipline a restrição aos direitos fundamentais nela previstos, exige uma abordagem diversa daquela levada a cabo em sistemas constitucionais como o alemão e o português, cujas constituições expressamente vedam restrições por ela não autorizadas. As referências à lei, nos dispositivos de direitos fundamentais da constituição brasileira, são muito diversas. Em nenhum momento há dispositivos como "[...] estes direitos só podem *ser restringidos* com base

²⁷ Cf., no entanto, a nota de rodapé 44, abaixo.

²⁸ Cf., nesse sentido, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 58.

²⁹ Sobre o conceito de suporte fático restrito, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 279 e ss. [tradução brasileira: *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 309 e ss.]. Para uma análise do conceito associada ao que está sendo aqui exposto, cf. Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006), pp. 31 e ss.

³⁰ Sobre a teoria interna, cf., mais uma vez, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 250 e ss. [tradução brasileira: *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 277 e ss.] e Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais", pp. 37 e ss.

em uma lei",³¹ ou "[...] tratando-se de reuniões ao ar livre, esse direito poderá *ser restringido* por lei ou com base em uma lei",³² ou "[...] a lei poderá *restringir* ou excetuar o exercício desse direito",³³ ou ainda "uma lei [...] poderá *impor restrições* ao direito ao remédio legal [...]".³⁴

No seu catálogo de direitos fundamentais, a constituição brasileira menciona apenas *uma vez* a idéia de limites ou restrições, no caso do art. 5º, LX, que dispõe que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

↑ 611|612 ↓

De uma certa forma, pode-se dizer que, diante disso, temos um problema a menos, já que a constituição brasileira *parte de outro modelo*. Tentar importar o modelo triádico de reserva legal desenvolvido na Alemanha é, assim me parece em vista do exposto até aqui, criar problemas onde eles não existem.³⁵ Alguns desses problemas já foram mencionados, mas vale a pena retomá-los com mais detalhes a seguir.

6.1. Reserva legal e liberdade do legislador

Ainda que muitas vezes a idéia triádica de reserva legal seja apenas mencionada, sem que daí se extraiam muitas conseqüências, é possível tirar algumas conclusões que poderiam decorrer da aceitação desse modelo. A primeira delas seria a tentativa de se criar uma classificação ou um escalonamento da liberdade de conformação do legislador a partir de cada uma das categorias de reserva legal. O grau de liberdade legislativa, no âmbito dos

³¹ Constituição alemã, art. 2, 2.

³² Constituição alemã, art. 8, 2.

³³ Constituição espanhola, art. 18, 4.

³⁴ Constituição húngara, art. 57, 5.

³⁵ Na verdade, mesmo na Alemanha é altamente questionável a aplicabilidade do modelo triádico. O que aqui é chamado de *modelo* é, muitas vezes, considerado como algo extremamente confuso e de pouca aplicação prática. Nesse sentido, Bettermann afirmava que, em primeiro lugar, as disposições acerca das restrições a direitos fundamentais, na constituição alemã, não constituem um sistema, mas uma confusão; além disso, é praticamente pacífico que, apenas a partir do texto constitucional, é impossível desenvolver um modelo que seja com ele compatível. Cf. Karl-August Bettermann, *Grenzen der Grundrechte*, Berlin: de Gruyter, 1968, p. 3. No mesmo sentido, Herbert Bethge, *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München: Vahlen, 1977, p. 260; Jürgen Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. Aufl., Hamburg, 1997, p. 445; Michael Holoubek, *Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt: System oder Schrankenwirrwarr?*, Wien: Orac, 1997, pp. 15 e ss.; Martin Borowski, "Limiting Clauses", *Legisprudence* 1:2 (2007), p. 217. Em sentido contrário, cf. Kathrin Misera-Lang, *Dogmatische Grundlagen der Einschränkungsvorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999, p. 55.

direitos fundamentais, variaria conforme a reserva legal existente em cada dispositivo constitucional.

Assim, nos casos de reserva legal simples, o legislador teria mais liberdade na regulação e na restrição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros aponta que, "em se tratando de reservas de lei simples, o legislador tem uma discricionariedade considerável, porque não há previsão de condição especial alguma a ser por ele observada."³⁶

Os efeitos da aplicação do modelo de reserva legal à constituição brasileira ficam mais explícitos nos casos de reserva legal qualificada. Nesses casos, a liberdade do legislador seria muito reduzida,³⁷ já que a sua tarefa estaria limitada à execução das diretrizes qualificadas previstas no dispositivo constitucional em questão. Um exemplo das dimensões que esse pressuposto pode ter são as conclusões que Renato Almeida e Aline Coelho tiram a partir do dispositivo acerca da proteção do consumidor (art. 5º, XXXII).³⁸ Segundo eles,

↑ 612|613 ↓

"[...] como se extrai da simples leitura do dispositivo constitucional referente à defesa do consumidor, a legislação infraconstitucional *deverá seguir as vinculações estabelecidas pelo legislador constituinte originário* no sentido de promover somente aquela defesa, sob pena de inconstitucionalidade.[...] Dessarte, qualquer manifestação do Estado - seja administrativa, legislativa ou jurisdicional - deverá ter por escopo a promoção da defesa do consumidor, sendo que outros fins deverão ser considerados inconstitucionais [...]"³⁹

É a conclusão:

"Vislumbra-se, ademais, ser correta a afirmação segundo a qual, em matéria constitucional de defesa de consumidor, sua complementação somente se dará - sem que seja eivada de inconstitucionalidade - se estiver inserida em código [...]. Via de conseqüência, mera lei ordinária que trate de relações de consumo - independentemente

³⁶ Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 164.

³⁷ Idem.

³⁸ É interessante notar que, enquanto Edilson Pereira de Farias classifica a menção à lei nesse dispositivo como "reserva legal simples", os autores acima mencionados partem do pressuposto de que se trata de "reserva legal qualificada". Não é importante, aqui, discutir se se trata de um ou de outro, até porque, como já ficou claro, esse não é um modelo que me parece apto a compreender o texto constitucional brasileiro. O que importa, aqui, é expor as conclusões a que se pode chegar a partir dele.

³⁹ Renato Franco de Almeida / Aline Bayerl Coelho, "Assinatura nos serviços de telefonia: ilegalidade", p. 79-85.

do teor de seu conteúdo - revelará inconstitucionalidade formal, à míngua da *necessária obediência ao princípio da reserva legal qualificada*."⁴⁰

Como se percebe, a partir do momento em que se imagina existir algo como uma "reserva legal qualificada", não se está muito distante de se deixar ao legislador a mera execução daquilo que o legislador constituinte originário já havia delineado. Qualquer inovação, em qualquer sentido, seria automaticamente classificada como inconstitucional. O legislador, nesses casos, fica rebaixado à mera tarefa de concretizador autômato da constituição, sem grande - ou sem qualquer - margem de conformação.⁴¹

E, por último - e talvez mais importante -, nos casos em que não há a previsão de reserva, o legislador não poderia restringir os efeitos dos direitos fundamentais.

Com isso, fica claro que aceitar o sistema triádico de reserva legal no âmbito dos direitos fundamentais teria como conseqüências:

(1) Uma *difícil determinação do alcance da discricionariedade do legislador* na conformação de direitos fundamentais sujeitos a algum tipo de reserva. Aqueles que defendem esse sistema afirmam, de um lado, que a existência de uma reserva simples não autoriza o legislador a toda e qualquer ação que restrinja direitos fundamentais⁴² e, de outro lado, que a existência de uma reserva qualificada não tolhe por completo a discricionariedade legislativa.⁴³ Diante disso, é preciso definir um critério que distinga o exercício da discricionariedade do

↑ 613|614 ↓

legislador em um e outro casos. Não há, no entanto, um esforço doutrinário na direção do desenvolvimento de um tal critério (se é que ele seria conceitualmente possível).

(2) Uma *impossibilidade de restrições a direitos fundamentais* quando garantidos por dispositivos não submetidos a nenhuma reserva. Como boa parte dos direitos fundamentais não está sujeita a reservas, isso implicaria que eles seriam irrestringíveis. Das duas, uma: ou

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 165, a despeito de aceitar, em geral, esse modelo, ressalta que ao legislador pode, em alguns casos, restar alguma margem de conformação mesmo nos casos de reserva legal qualificada.

⁴² Cf. o voto do Min. Gilmar Mendes no HC 84.862.

⁴³ Cf. Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, p. 165, citada acima.

esses direitos são absolutos, ou estão sujeitos a limites internos, os chamados limites imanes. Na medida em que não parece ainda haver espaço para a defesa de que os direitos fundamentais sejam absolutos,⁴⁴ sobra apenas o recurso à figura dos limites imanes.

6.2. Reserva legal e limites imanes

Com o que acaba de ser afirmado, parece-me que a conclusão preliminar mais plausível é não apenas a de que o modelo triádico de reserva legal não é adequado para a compreensão do direito constitucional brasileiro;⁴⁵ é possível também afirmar que fica patente, especialmente no caso das chamadas "disposições constitucionais não submetidas a reserva legal" (boa parte das disposições de direitos fundamentais), que esse empréstimo inadequado não somente tem como consequência a importação de problemas que a constituição brasileira por si só não necessariamente geraria, mas tem como consequência também a necessidade de se recorrer a figuras pouco consistentes - como a idéia de *limites imanes* - para contornar esses problemas. Nesse caso, poder-se-ia dizer que o empréstimo da teoria da reserva legal, no caso brasileiro, ao trazer consigo outro empréstimo - exatamente o da figura dos limites imanes - não é apenas desnecessário, mas também inconveniente.

O recurso à figura dos limites imanes é extremamente inconveniente porque tende a implicar limitações não explícitas a direitos fundamentais. Não é o caso de retomar aqui a

⁴⁴ Na verdade, essa afirmação merece alguns temperamentos, os quais, no entanto, não afetam o que foi defendido no correr deste texto. Quando aqui se fala em inexistência de direitos absolutos, quer-se fazer menção àqueles direitos garantidos por normas *com a estrutura de princípios*. Isso não exclui a possibilidade de que direitos garantidos por normas *com a estrutura de regras* sejam imunes a restrições e relativizações. Exemplos típicos desses últimos seriam a vedação de tortura (CF, art. 5º, III) e a irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL). Fica aqui o agradecimento a Flávia Piovesan por me alertar para a necessidade dessa ressalva neste ponto. Para mais detalhes sobre a qualificação das normas mencionadas (vedação de tortura e irretroatividade da lei penal) como regras, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), pp. 616-617 e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, capítulo 5.

⁴⁵ Como, de resto, também não o é nem mesmo para a compreensão do direito alemão e português. Para o caso alemão, cf. as referências feitas na nota de rodapé 35. Para o caso português, cf., por todos, Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

análise já feita em outro trabalho,⁴⁶ mas apenas as conseqüências dessa análise para o caso dos limites imanentes:

↑ 614|615 ↓

"uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre [...] naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade 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. [...] essas teorias, ao excluir de antemão essa proteção, *liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo*."⁴⁷

7. Conclusão

Como breve conclusão, é possível afirmar que em nenhum dos cenários possíveis faz sentido o empréstimo do sistema triádico de reserva legal no âmbito dos direitos fundamentais da constituição brasileira. Isso porque não me parece ser possível escapar de uma das duas situações seguintes, ambas inconvenientes: ou se adota o sistema com coerência, e isso implicaria a necessidade de aceitar direitos absolutos ou limites imanentes, com as implicações vistas acima, ou se adota o sistema sem coerência, o que, por razões óbvias, não faz nenhum sentido.

É claro que, neste ponto, duas indagações podem ainda ser feitas: (1) Rejeitar um sistema de reserva legal não implicaria deixar de levar a sério o texto constitucional, que em alguns dispositivos faz expressa menção à lei e em outros não o faz? Ou seja: se o constituinte tratou esses direitos de forma diversa, seria legítimo que a interpretação constitucional os equiparasse no que diz respeito às possibilidades de restrição? e (2) Há alternativa a um sistema de reserva legal?

7.1. O texto constitucional

Com relação à primeira pergunta, parece-me que uma possibilidade de levar em consideração as referências à lei no art. 5º da constituição seria interpretá-las como algo que

⁴⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*.

⁴⁷ Idem, especialmente capítulo 7 (7.3).

leva à diminuição do ônus argumentativo que o legislador tem ao criar leis restritivas de direitos fundamentais.⁴⁸ Se há expressa menção à lei no texto constitucional, o legislador não precisaria fundamentar sua decisão pela restrição de um direito fundamental, e essa seria uma forma de levar a sério as referências à lei no texto constitucional. Mas aqui há ao menos duas ressalvas a serem feitas: (a) essa forma de levá-las em consideração é aplicável a apenas alguns casos; e (b) ela diz respeito apenas à eleição dos *objetivos* de uma eventual restrição, mas não contribuem para o controle da *extensão* e da *intensidade* dessa mesma restrição. Nos parágrafos a seguir, comentarei brevemente esses dois pontos.

(A) Pode-se dizer que a menção à lei, em alguns casos do art. 5º, de fato, libera o legislador do ônus de fundamentar com maiores detalhes a escolha de um determinado

↑ 615|616 ↓

objetivo como fundamento para uma restrição a um direito fundamental. Um claro exemplo nesse sentido é o do art. 5º, XII. Com fundamento nele, o legislador é liberado do ônus de fundamentar que o sigilo das comunicações telefônicas pode ser restringido "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", já que isso é feito pela própria constituição.

Mas no caso do art. 5º, XV, a menção à lei é simplesmente desprovida de qualquer função e não libera o legislador de ônus algum. Diante disso, seria possível afirmar que, *quando muito*, as reservas que alguns autores consideram como "qualificadas" (caso do art. 5º, XII) poderiam liberar o legislador de uma pequena parte do ônus argumentativo no processo de restrição a direitos fundamentais.⁴⁹

(B) No entanto, por mais que se aceite - e é plausível que se aceite - que as referências qualificadas à lei possam liberar o legislador de um determinado tipo de ônus, isso diz respeito apenas à eleição dos objetivos da restrição. Ocorre que o que de fato importa no controle das restrições a direitos fundamentais é a análise da *extensão* e da *intensidade* dessas

⁴⁸ No colóquio que deu origem a esta coletânea de artigos, essa foi a solução sugerida, dentre outros, por Daniel Sarmiento e Antonio Gomes Maués. A eles agradeço aqui as críticas construtivas, que ajudaram a aperfeiçoar meus argumentos.

⁴⁹ De uma certa forma, essa foi a proposta exposta por Maués no referido colóquio, ou seja, a de que ao menos as reservas "qualificadas" poderiam desempenhar alguma função.

restrições.⁵⁰ E é justamente no âmbito dessa análise que a referência (ou a não-referência) à lei nos dispositivos constitucionais *não desempenha qualquer papel relevante*. Na medida em que pode haver restrições tanto a direitos fundamentais garantidos sem reserva (nos casos em que a realização de outro direito fundamental ou de um interesse coletivo assim exigir),⁵¹ quanto a direitos garantidos com reserva simples, quanto, por fim, a direitos garantidos com reserva qualificada - *mesmo que a restrição não esteja entre aquelas mencionadas nessa reserva*, então, para além de todos os motivos já analisados anteriormente neste texto, fica claro que a diferenciação entre os vários tipos de reserva não tem nenhuma consequência no controle da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais.

7.2. Alternativa

A segunda pergunta ("há alternativa a um sistema de reserva legal?") deve ser respondida afirmativamente. A alternativa, como já defendi em outro lugar,⁵² é a aceitação de que a melhor forma de controlar as restrições a direitos fundamentais - necessárias para a realização de outros direitos ou interesses coletivos - não é o recurso a figuras que escondem essas restrições por trás de conceitos pouco claros como o de limites iminentes. Assim, a melhor forma de encarar o silêncio constitucional acerca das restrições a direitos

↑ 616|617 ↓

fundamentais não é pressupor que existam direitos absolutos, apenas pelo fato de não estarem sujeitos a uma reserva legal, ou que existam direitos protegidos de forma especial, apenas porque os dispositivos que os garantem fazem menção expressa a uma lei e a seus objetivos, mas pressupor que esses direitos, como todos os outros, estão sujeitos às restrições que forem necessárias para a sua harmonização com outros direitos constitucionais. E o controle dessas restrições - a proporcionalidade - *em nada* depende de escalonamentos e

⁵⁰ Tanto isso é assim que o principal instrumento de controle dessas restrições - a proporcionalidade - não se preocupa diretamente com a fundamentação desses objetivos. O controle de proporcionalidade parte já do pressuposto de que os fins escolhidos pelo legislador são legítimos.

⁵¹ Martin Borowski, apoiado na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 28, 243 [261]), fala em restrições fundadas em "direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de nível constitucional". Cf. Martin Borowski, "Limiting Clauses", *Legisprudence* 1:2 (2007), p. 218.

⁵² Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*.

modelos de reserva legal, dos quais a constituição brasileira prescindiu nos últimos vinte anos e poderá continuar a prescindir.

8. Bibliografia citada

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

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

Almeida, Renato Franco de / Coelho, Aline Bayerl. "Assinatura nos serviços de telefonia: ilegalidade", *Revista CEJ* 27 (2004): 79-85.

Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Barros, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Bethge, Herbert. *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*. München: Vahlen, 1977.

Bettermann, Karl August. *Grenzen der Grundrechte*. Berlin: De Gruyter, 1968.

Biagi, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

Borowski, Martin. "Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence* 1 (2007): 197-240.

Brandão, Rodrigo. "Emendas constitucionais e restrições aos direitos fundamentais", *Revista Eletrônica de Direito do Estado* 12 (2007): 1-36.

Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

Farias, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

Friedman, Barry / Saunders, Cheryl. "Symposium - Constitutional Borrowing: Editor's Introduction", *International Journal of Constitutional Law* 1 (2003): 177-180.

Holoubek, Michael. *Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt: System oder Schrankenwarrwarr?*. Wien: Orac, 1997.

Martins, Leonardo. "Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio: sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º, IX da CF", *Revista dos Tribunais* 824 (2004): 401-437.

Mendes, Gilmar Ferreira. "Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações", in Gilmar Ferreira Mendes / Inocêncio Mártires Coelho / Paulo Gustavo Gonet Branco (org.), *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000: 210-240.

- _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- Misera-Lang, Kathrin. *Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.
- Müller, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte: Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*. 2. ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- Novais, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- Pereira, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*. 16. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2000.
- Sachs, Michael. *Verfassungsrecht II: Grundrechte*. 2. ed., Berlin: Springer, 2003.
- Schwabe, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. 2. ed., Hamburg, 1997.
- Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- Zaring, David. "The Use of Foreign Decisions by Federal Courts: An Empirical Analysis", *Journal of Empirical Legal Studies* 3 (2006): 297-331.