

2

Unidade da Constituição

2.1

A integração das normas constitucionais

Fruto do embate político entre os mais diversos interesses sociais, econômicos, religiosos e culturais que se fizeram presentes na Assembléia Nacional Constituinte ou Congresso Constituinte¹ de 1987/1988, a Constituição Federal de 1988 é um documento plural, que alberga em seu universo normativo as mais diversas concepções acerca da democracia, dos direitos fundamentais e dos fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro². Basta uma rápida leitura do texto constitucional para se perceber que o constituinte positivou lado a lado elementos típicos de um estado liberal como a livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, *caput* e § único), a propriedade privada (arts. 5º, *caput* e inciso XXII e 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV), com conteúdos essenciais de um estado social, entre eles os valores sociais do trabalho, a busca do pleno emprego e os direitos dos trabalhadores (arts. 1º, IV, 170, *caput* e VII e 7º a 11), os direitos sociais (art. 6º), a justiça social, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (arts. 170, *caput* e 3º, III), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III) e a defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V)³. Elegeu a democracia, que se assenta na regra da vontade da maioria, como regime de governo (arts. 1º e 14, *caput*), protegendo, contudo, com a cláusula da imutabilidade do art. 60, § 4º, IV, uma gama de direitos fundamentais (arts. 5º a 11) que asseguram a livre convivência e o desenvolvimento da personalidade das minorias⁴, proteção essa que se irradia também para os campos político (art. 58, § 3º) e cultural (arts. 215, § 1º e 231).

Desde já é importante frisar que essa pluralidade é marca essencial de toda e qualquer constituição democrática, por proporcionar que os interesses legítimos e mais relevantes de todos os segmentos sociais, majoritários e

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 386.

² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2003. p. 196.

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006. p. 176.

⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2003. p. 1182.

minoritários⁵, bem como das pessoas consideradas individualmente, possam ser tutelados por normas de superior hierarquia, permanecendo a salvo das investidas do poder público, inclusive as originadas do poder constituinte derivado e dos particulares em geral, em especial dos chamados “poderes privados ou sociais”⁶.

Procedendo-se de forma isolada a uma leitura dos dispositivos constitucionais exemplificativamente⁷ indicados, tem-se a impressão de que a Carta Magna de 1988 é uma colcha de retalhos mal costurada, na qual os diversos valores, interesses e bens jurídicos nela positivados se excluem reciprocamente, frustrando o objetivo de proteção geral e efetiva decorrente da pluralidade de seu conteúdo normativo. O fato de não terem sido consignados expressamente na Constituição dispositivos para resolver ou orientar a disputa entre enunciados de conteúdos antagônicos concede ao intérprete-aplicador⁸,

⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *“Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à Luz do Princípio Democrático”*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 285-325.

⁶ Acerca dos “poderes privados” asseverou Jane Reis Gonçalves Pereira: “De fato, a complexidade da sociedade contemporânea compreende, de forma notória, relações jurídicas entre particulares que podem ser qualificadas como verticais, desiguais ou de sujeição, nas quais se identifica a proeminência de uma das partes sobre a outra. Para Boaventura de Souza Santos, o poder deve ser entendido como “qualquer relação social regulada por uma troca desigual”. Nas palavras do sociólogo português, o “que faz de uma relação social uma relação de poder é o grau com que A afecta B de uma maneira contrária aos interesses de B”. Partindo dessa linha de raciocínio, é possível observar o fenômeno do poder privado nas relações familiares, nas relações de emprego, nas relações de consumo etc. Em termos mais concretos, é possível pensar nas multinacionais, nos grupos de pressão, nas empresas de assistência à saúde, nas associações, nas instituições de ensino, nas organizações religiosas, nos partidos políticos... É inquestionável que as relações jurídicas que se estabelecem entre essas pessoas privadas e os indivíduos isolados não podem ser qualificadas como relações iguais ou paritárias” (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. pp. 455-56). Em complemento, asseverou Daniel Sarmento: “É por isso também que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação dos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume peso inferior” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit. pp. 262-3).

⁷ Como será visto adiante, é no campo dos direitos fundamentais que essa pluralidade se mostra mais acentuada e evidente.

⁸ Segundo precisa lição de Eros Roberto Grau, a concretização é um das fases da interpretação jurídica. Nesse sentido esclarece o autor: “O fato é que a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização dos direitos. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedrich Muller, matéria que precisa ser “trabalhada”. Partindo do texto da norma (e dos fatos), alcançamos a norma jurídica, para então caminarmos até a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados [Muller]. (...) Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do direito sem

menos afeito à prática do direito constitucional, a prerrogativa discricionária de eleger um em detrimento de outro, formulando norma⁹ que retira da proteção constitucional interesse ou valor que o constituinte elegeu como essencial. Essa parcial concretização compromete definitivamente a efetividade da Constituição, que não mais consegue oferecer soluções adequadas e justas para os inúmeros conflitos sociais que marcam a nossa complexa e desigual sociedade, bem como quebra a harmonia de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, que tem na Lei Maior o seu fundamento formal e material de validade.

Acontece que a efetividade de todas as regras e princípios¹⁰ veiculados no texto constitucional é pressuposto inafastável do regular exercício das funções de garantia de direitos e liberdades, de ordenação fundamental do estado e de organização do poder, atribuídas classicamente às constituições¹¹, que, no específico caso brasileiro, irão propiciar a concretização dos objetivos fundamentais (art. 3º) do Estado Democrático e Social de Direito¹² (art. 1º), com destaque para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Nesse contexto, a Constituição de 1988, como deve acontecer com toda e qualquer norma fundamental de um ordenamento jurídico-político, não é um somatório fragmentado e incongruente de enunciados normativos que possuem vida e sentido independentes. Ao contrário, é um sistema coordenado de preceitos, de profunda coerência de conteúdo e significado, que funciona na lógica da complementação e não da exclusão, a demonstrar a unidade interna do ordenamento constitucional. Unidade que prestigia o sentido do todo em detrimento de suas partes, impondo sempre solução harmonizadora para as aparentes antinomias surgidas entre dispositivos constitucionais de conteúdos contraditórios, com a garantia de máxima efetividade para ambos.

Essa integração de todos os dispositivos constitucionais se faz possível a partir da escolha de valores, princípios e direitos não mais em disputa no seio da comunidade política - por terem alcançado consenso em torno de sua

concretização; esta é a derradeira etapa daquela" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 25).

⁹ Aqui o termo "norma" deve ser tomado como resultado do trabalho de interpretação-aplicação do texto normativo, como lapidarmente explicitado por Eros Roberto Grau: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas" (GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 23).

¹⁰ No que toca à sua estrutura, as normas jurídicas (gênero) se dividem em regras e princípios. Nesse sentido ver GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 23.

¹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, op. cit. pp. 1438-41.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 74.

imprescindibilidade para a manutenção do modelo de estado forjado pela Constituição¹³ -, para funcionarem como fonte informadora do conteúdo de todos os enunciados da Lei Fundamental. No cenário brasileiro podem ser citados, em ordem de importância e sem caráter exaustivo¹⁴, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o estado democrático de direito (art. 1º, *caput*), a liberdade (art. 5º), a igualdade (art. 5º) e a separação de poderes (art. 2º). Esses cânones, de baixa densidade normativa e elevada carga axiológica, atuam conjuntamente como filtro de leitura das demais normas constitucionais, arbitrando as controvérsias e garantindo a unidade de sentido da Constituição em torno de seus conteúdos mínimos. Para desempenhar essas funções atuam ora como critério hermenêutico para a aplicação de outras regras e princípios, ora como elemento integrador (critério de reconhecimento) de outros direitos fundamentais ao texto constitucional (5º, § 2º), ora como instrumentos diretos de concretização da vontade constitucional¹⁵.

Por fim, cabe acrescentar que a unidade interna da Constituição produz efeitos externos de integração e coordenação da ordem jurídica infraconstitucional, que somente encontrará validade e eficácia nos limites em que se conformar, formal e materialmente, com o sentido coerente e harmônico atribuído às regras e princípios constitucionais.

¹³ Nas palavras de Gustavo Binbenbojm: “A supremacia da Constituição e a jurisdição constitucional são mecanismos pelos quais determinados princípios e direitos, considerados inalienáveis pelo poder constituinte originário, são subtraídos da esfera decisória ordinária dos agentes políticos eleitos pelo povo, ficando protegidos pelos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público” (BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 2ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 246).

¹⁴ É certo que todos os direitos fundamentais expressos e implícitos no texto constitucional de 1988 integram, de forma permanente e substancial, a essência do estado e da sociedade brasileiros, inclusive por força do art. 60, § 4º, IV. No entanto, sem qualquer pretensão de redução de seu conteúdo ou importância, pode-se afirmar com relativa segurança, na esteira do defendido por Ingo Wolfgang Sarlet em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 81), que todos os direitos fundamentais consagrados na CF extraem seu fundamento de validade dos cinco cânones acima enumerados, do qual seriam concretizações.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit. p. 131.

2.2

As colisões entre os próprios direitos fundamentais e outros bens e interesses constitucionalmente protegidos

Acerca das colisões entre preceitos constitucionais, registrou Edilson Pereira de Farias:

“Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como evidencia a tipologia enunciada. Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas fundamentais *prima facie*). Resulta então, que é freqüente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente”¹⁶.

Com certeza, é no âmbito dos direitos fundamentais, elementos nucleares e vitais de toda ordem constitucional democrática, que a pluralidade da Constituição de 1988 se mostra mais acentuada, revelando, nas lições de Luís Roberto Barroso, “diversos pontos de tensão normativa”¹⁷. Basta uma rápida leitura dos direitos fundamentais elencados no catálogo constante do Título II de nossa Carta Magna (arts. 5º a 17º) e dos expressamente localizados de forma difusa ao longo do texto constitucional¹⁸, para se constatar a diversidade, e, em muitos casos, a contraposição de valores, bens e interesses que foram alçados à condição de direitos fundamentais.

No art. 5º, incisos IV, IX e XIV foi assegurada a liberdade de expressão e de informação, estendida aos veículos de comunicação por força do art. 220. No entanto, no mesmo art. 5º, agora em seus incisos V e X, foi erigido como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando-se o direito de resposta e de indenização em caso de sua violação. O mesmo art. 5º, no *caput* e em seu inciso XXII, elencou a propriedade como direito fundamental. Acontece que o inciso XXIII do citado artigo, secundado pelo disposto nos arts. 170, III, 182, § 2º e 186, agregou um

¹⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisões de direitos fundamentais – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2000. p. 116.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, op. cit. p. 198.

¹⁸ A pluralidade alcança também os direitos fundamentais não expressamente consignados no texto constitucional, denominados de “implícitos”, e os decorrentes de tratados internacionais, que por força da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, da CF (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), integram o elenco de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional.

elemento novo a essa propriedade, que passa a ter de cumprir uma função social para merecer o *status* de direito fundamental. A presunção de inocência é garantida como direito fundamental no inciso LVII do art. 5º, inobstante os incisos LXI e LXVI do mesmo dispositivo, concretizando o direito geral de segurança previsto no seu *caput*, autorizem a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. No inciso XXXVIII do art. 5º foi firmada a garantia de soberania dos veredictos do tribunal do júri. Lado outro, ao que parece concretizando os direitos gerais de liberdade e segurança, o art. 593, III, 'd' e § 3º do Código de Processo Penal, de constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, admite a anulação, por uma única vez, das decisões desse órgão julgador quando manifestamente contrárias às provas dos autos. O direito à vida é garantido no *caput* do art. 5º, inobstante o art. 128, II, do Código Penal, em norma de constitucionalidade não questionada - por concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à autonomia (uma das vertentes do direito à liberdade do art. 5º, *caput*) e de não ser submetido à tortura psicológica (art. 5º, III)¹⁹ - autorize a interrupção da gravidez decorrente de estupro, com a conseqüente morte do feto²⁰. Para finalizar a lista de exemplos, que poderia se estender por várias páginas, é certo que a Constituição Federal reconheceu como direito fundamental a autonomia privada no campo econômico²¹, a chamada "liberdade negocial", como decorrência do disposto no art. 5º, *caput* e incisos XIII e XXII e do princípio da livre iniciativa, insculpido nos arts. 1º, IV e 170. Relativizando essa "liberdade negocial", foi garantido pela mesma Constituição um extenso rol de direitos sociais fundamentais, em

¹⁹ Tenho que aqui possa ser aplicado, por analogia, fundamento esposado pelo professor Luís Roberto Barroso ao defender a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos: "Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)" (BARROSO, Luís Roberto. *Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células Tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 683-84).

²⁰ Com o exemplo acima citado o autor não está se posicionando, explícita ou implicitamente, acerca da intensa polêmica científica, filosófica, religiosa e jurídica acerca do momento em que tem início a vida, matéria totalmente estranha aos limites desta dissertação.

²¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, op. cit. pp. 176-177

especial para o homem trabalhador (arts. 7º a 11), bem como foi imposta a proteção ao consumidor, na forma da lei (art. 5º, XXXII).

Dos exemplos acima percebe-se que a efetivação de um direito fundamental pode, em muitos casos concretos²², colidir com a proteção proporcionada por outro direito da mesma envergadura. São as chamadas colisões em sentido estrito, por envolverem direitos fundamentais entre si. Assim, um escritor ou um veículo de comunicação, no exercício de suas liberdades de expressão e informação, podem invadir a vida privada e/ou ofender a honra de pessoas. Excessos no reconhecimento da função social podem esvaziar o direito de propriedade. Prisões antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apequenam o princípio da presunção de inocência. A anulação no mérito de decisões do Tribunal do Júri coloca em xeque a sua soberania com órgão julgador. O aborto relativiza o direito à vida. A atribuição de direitos fundamentais aos trabalhadores e consumidores restringe a autonomia negocial dos empresários.

Constituições sociais como a brasileira de 1988, que elegeram inúmeros objetivos a serem cumpridos, todos direcionados para o bem estar e o desenvolvimento da pessoa humana, não positivaram em seus textos somente direitos fundamentais, incapazes por si sós de alcançarem as metas propostas. Para operar juntamente com esses direitos ganharam *status* constitucional bens e interesses de natureza pública ou coletiva, que concorrem direta e imediatamente para a construção do Estado Democrático e Social de Direito. Sem maiores esforços podem ser citados o meio ambiente (art. 225), o

²² Em regra, os conflitos envolvendo direitos fundamentais e interesses constitucionalmente protegidos são do tipo parcial-parcial, uma vez que as normas que os enunciam, consideradas abstratamente, possuem âmbito de proteção diverso, que convivem harmonicamente, como é o caso do direito à moradia, do direito de propriedade e do interesse tributário estatal. Somente em situações concretas os campos de aplicação se cruzam, gerando antinomias que demandam a adoção de soluções interpretativas. Tratando das outras espécies de antinomias, asseverou Jane Reis Gonçalves Pereira: “A configuração dos conflitos entre princípios como do tipo parcial-parcial ampara-se na conhecida classificação das antinomias normativas formulada por Alf Ross. Segundo o jusfilósofo dinamarquês, as antinomias normativas podem dar-se de três formas: total-total, total-parcial e parcial-parcial. Há antinomia *total-total* ‘quando nenhuma das normas pode ser aplicada, sob circunstância alguma, sem entrar em conflito com a outra’. (...). Exemplificando, esse seria o caso se existisse num mesmo ordenamento uma norma determinando ‘é proibida a entrada de animais no parque’ e outra que estabelecesse ‘é permitida a entrada de animais no parque’. A antinomia *total-parcial* ocorre ‘quando uma das duas normas não pode ser aplicada, sob nenhuma circunstância, sem entrar em conflito com a outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação que não entra em conflito com a primeira’. (...) Se, por exemplo, uma norma determina que ‘é proibida a entrada de animais no parque’ e outra estabelece que ‘é permitida a entrada de cachorros no parque’, há uma antinomia total-parcial” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. pp. 224-5).

patrimônio cultural (art. 216), a segurança nacional (arts. 136 a 139), a hierarquia militar (art. 142), a segurança pública (art. 144), o interesse tributário estatal (título VI), a legalidade orçamentária (art. 167)²³, o controle do poder econômico (art. 173, § 4º), o transporte coletivo municipal (art. 30, V), as microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 146, III, 'd' e 179), a ordenação das cidades e a ocupação das áreas rurais (arts. 184 a 191), o sistema financeiro nacional (art. 192), a saúde pública (arts. 196 a 200 e 220, § 4º), a abertura da exploração da educação pela iniciativa privada (art. 209), a autonomia universitária (art. 207) e a proteção da criança e do adolescente (arts. 220 e 221).

Em regra, a promoção dos bens e interesses públicos ou coletivos constitucionalmente protegidos sempre converge para que o Estado cumpra as suas primordiais funções de promoção e proteção dos direitos fundamentais²⁴, sem se descurar, é claro, da clássica função de se abster de violá-los. Assim, a garantia de um meio ambiente saudável concorre diretamente para a promoção da vida, as restrições às propagandas de tabaco e bebidas alcoólicas militam em favor da saúde, a abertura da educação à exploração pela iniciativa privada contribui para a democratização do direito ao ensino, as regras e os princípios de ordenação das cidades fomentam a promoção do direito à moradia, a incrementação dos mecanismos de segurança pública garante o direito à segurança individual, as regulações acerca das faixas etárias de diversões e espetáculos garantem os específicos direitos fundamentais de adequada formação educacional e cultural das crianças e adolescentes (art. 227), o transporte coletivo municipal regular garante o direito de ir e vir e o acesso ao direito ao trabalho nas grandes cidades etc. Portanto, com razão Daniel Sarmiento ao afirmar:

“E aqui é importante destacar que, com frequência, a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre estes e os direitos fundamentais dos indivíduos. Isto porque, embora tais direitos tenham valor intrínseco, independentemente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. As sociedades que primaram pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados”.²⁵

²³ GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 184.

²⁴ Essa questão será mais desenvolvida no próximo capítulo, quando abordamos a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *“Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos”*. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em*

Embora a convergência seja a regra, é inegável que a efetividade do conteúdo normativo de alguns bens e interesses públicos ou coletivos avança sobre o campo de proteção dos direitos fundamentais, gerando colisões como as analisadas no título anterior. São as chamadas colisões em sentido amplo, por envolverem direitos fundamentais e bens e valores de interesse coletivo ou público. Nesse sentido é de se ver que a proteção ao meio ambiente implica, em reiterada vezes, na limitação do direito de propriedade, mais diretamente sobre os poderes de uso e fruição. A preservação da hierarquia militar afasta do Poder Judiciário, em detrimento do direito de amplo e irrestrito acesso garantido pelo art. 5º, XXXV, o controle das punições disciplinares militares (art. 142, § 2º)²⁶. A legalidade orçamentária pode atrasar ou inviabilizar a concretização de direitos sociais²⁷. O controle do poder econômico coloca freios à autonomia negocial dos empreendedores. A participação da iniciativa privada no setor educacional traz ínsita a previsão de garantia de exploração lucrativa, que impede a frequência gratuita aos cursos, em oposição ao direito fundamental social à educação²⁸. As políticas preventivas de saúde pública autorizam a relativização do direito à intimidade, com a obrigatoriedade dos médicos e hospitais de notificarem ao Poder Público a incidência de determinadas doenças. O resguardo da formação educacional, ética e cultural das crianças e adolescentes pode afetar a liberdade de criação artística, impedindo que o conteúdo de determinados programas seja veiculado na rede televisiva em horários inadequados. A necessidade de manutenção da continuidade do serviço de

homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 294-95.

²⁶ Como resultado da conciliação dessa disputa pacificou-se o entendimento de que o Poder Judiciário somente pode syndicar aspectos de legalidade das punições disciplinares militares, como hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, ficando afastada qualquer ingerência em relação ao mérito das reprimendas. Nesse sentido MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. – 11. ed. – São Paulo : Atlas, 2002. p. 152.

²⁷ Por fugir aos objetivos deste trabalho, não será enfrentada a controversa questão da reserva do possível como fundamento limitador da concretização de direitos fundamentais sociais. Para conhecimento e aprofundamento do tema recomenda-se, entre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005; TORRES, Silvia Faber. “Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: breves considerações e críticas”. In: SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 769-792; KRELL, Andreas J. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2000. pp. 25-60.

²⁸ Lei n. 9.870/99, art. 5º.

transporte coletivo municipal implica compressão do direito de greve dos trabalhadores do setor (art. 9º).

É de se registrar, ainda, que existem casos em que mesmo interesses não protegidos expressamente pela Constituição Federal podem colidir com direitos fundamentais, merecendo atenção do intérprete-aplicador. O exercício do direito de reunião e de locomoção (art. 5º, XV e XVI), mediante a realização de passeata e protestos que ocupem toda a extensão da principal via pública de uma metrópole, certamente ferirá de morte o interesse público e coletivo de ordenação do trânsito. A realização de culto religioso (5º, VI) em área urbana residencial, que adentre até altas horas da noite, com a utilização de aparelhagem sonora em volume elevado, vulnera o interesse coletivo da tranquilidade social.

2.3

A possibilidade de restrições ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais

A afirmação de que não existem direitos absolutos é daquelas que muito se aproximam da unanimidade no cenário jurídico, por estar escudada, inclusive, em ditado popular no sentido de que “a liberdade ou o direito de uma pessoa termina onde começa a liberdade ou o direito de outra”. As prerrogativas concedidas por um direito ao seu titular não podem ser, em regra, incondicionais, sob pena de se frustrar, pelo menos, o exercício do mesmo direito por outro titular. Imagine se o direito à vida fosse absoluto, a dificuldade que teríamos em conviver com o instituto da legítima defesa. O caso seria semelhante se fosse incondicional o direito à liberdade, tornando impossível a imposição de pena privativa de liberdade para quem cometesse crimes como o de seqüestro ou cárcere privado. Já em relação ao direito de propriedade, a sua não relativização impediria, definitivamente, a aparelhamento de execuções judiciais para recomposição do patrimônio do credor lesado pelo devedor. Embora pequena pela simplicidade e logicidade evidentes, os exemplos colocados retratam a realidade incontestável de que os direitos não são absolutos, devendo e podendo ser objeto de restrições que garantam a sua real amplitude e efetividade geral.

Nem mesmo os direitos fundamentais, núcleo irredutível e legitimador da ordem constitucional brasileira, são absolutos, podendo ser elencadas uma série de fundamentos a justificar tal assertiva. Em primeiro lugar, o próprio conteúdo

das noções de pluralidade e unidade delineados em título anterior impede qualquer carga de absolutização desses direitos, em face da necessidade de conciliá-los entre si e com outros bens e interesses constitucionalmente protegidos para se garantir a efetividade da Constituição. Em segundo lugar, a indissociável característica de universalidade que marca os direitos fundamentais tem implicação lógica na relativização de seu âmbito de proteção²⁹, sob pena de impedir que a sua efetividade alcance todos os seus destinatários.³⁰ Em terceiro lugar, é de se ver que a própria Constituição alberga em seu texto inúmeras restrições expressas a direitos fundamentais³¹, bem com autoriza que outras tantas sejam levadas a cabo pelo legislador infraconstitucional³², ³³. Por fim, a imposição de limites aos direitos fundamentais também é tributária da própria estrutura dos enunciados normativos contidos no texto da Constituição de 1988, que exigem atividade constante do legislador e do intérprete-aplicador na revelação, integralização e harmonização do conteúdo constitucional desses direitos³⁴.

²⁹ Segundo Canotilho: “As normas consagradoras de direitos fundamentais protegem determinados “bens” ou “domínios existenciais” (ex: a vida, o domicílio, a religião a criação artística). Estes “âmbitos” ou “domínios” protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: “âmbito de proteção” (Schutzbereich), “domínio normativo” (Normbereich), “pressupostos de facto dos direitos fundamentais” (Grundrechtstatbestande). De acordo com a terminologia anteriormente referida, preferimos falar aqui em “âmbito normativo”, para recortar, precisamente, aquelas “realidades da vida” que as normas consagradoras de direitos captam como “objecto de proteção” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes, op. cit. p. 1262).

³⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 133.

³¹ Art. 5º, IV, VIII, XI, XII, XVI, XVII etc.

³² Art. 5º, VI, VII, XIII, XV, LVIII, art. 9º etc.

³³ O fato de a Constituição impor diretamente ou autorizar expressamente (reserva legal) a imposição de limites a determinados direitos fundamentais não autoriza a conclusão de que os elencados fora desse rol (sem previsão ou autorização expressa de limitação) não possam ser objeto de restrições. Em relação a esses direitos, a doutrina é praticamente unânime ao sustentar que a necessidade de solver colisões entre os próprios direitos fundamentais e entre bens e interesses constitucionalmente protegidos, como forma de garantir a unidade da Carta Magna, autoriza (implicitamente) a imposição de restrições ao seu âmbito de proteção pelo intérprete-aplicador (legislador, administrador e juiz). Ver, por todos, FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: Limites e Restrições*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. pp. 153-63. Para justificar esse entendimento, chegou-se a desenvolver a chamada “teoria dos limites imanentes”, assim resumida por Jane Reis Gonçalves Pereira: “A doutrina da imanência, engendrada no constitucionalismo germânico, busca justificar dogmaticamente o reconhecimento de limites não expressamente previstos no texto da Constituição, destacando a idéia de que há limites que defluem da própria natureza do direito e da necessidade de conciliação destes com outros direitos e valores protegidos constitucionalmente. De acordo com esta doutrina, os limites imanentes são limites não escritos, que dimanam da própria essência dos direitos fundamentais” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 503).

³⁴ Nas lições de Edilson Pereira de Farias: “A intervenção legislativa no âmbito da matéria dos direitos fundamentais é uma realidade que se justifica por duas razões principais. Em primeiro lugar, muitos daqueles direitos necessitam de *interpositio*

Em razão da fácil compreensão dos três primeiros fundamentos, somente o quarto justifica alguns apontamentos esclarecedores. Muitos direitos fundamentais foram positivados por meio de enunciados abertos e de pouca densidade normativa, que não permitem uma delimitação precisa das situações fáticas que compõem o seu âmbito de proteção, a exigir intensa atividade do legislador e, subsidiariamente, do intérprete-aplicador (executivo e judiciário) nessa tarefa. Na verdade, são direitos que em maior ou menor escala necessitam de atividade criadora complementar à implementada pela Constituição para terem a integralidade de seu conteúdo desvendado³⁵, permitindo a sua concretização em benefício de seus destinatários³⁶. Sobre esses direitos discorreu Gilmar Ferreira Mendes:

“Como assinalado, peculiar reflexão requerem aqueles direitos individuais que têm o âmbito de proteção instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico (âmbito de proteção estritamente normativo = rechts- oder norm-geprägter Schutzbereich).

A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica.

Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade, institui o direito de herança e transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento. Tal como referido, a proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de herança não teria, assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao de sucessão.

Como essa categoria de direito fundamental confia ao legislador, primordialmente, o mister de definir, em essência, o próprio conteúdo do direito regulado, fala-se, nesses casos, de regulação ou de conformação (Regelung oder Ausgestaltung) em lugar de restrição (Beschränkung)”³⁷.

Imagine a reduzida eficácia do direito à proteção judiciária (5º, XXXV) se o legislador ordinário não instituísse leis que regulamentassem o tramitar dos processos³⁸. Certamente, pouco alcance teriam direitos vitais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa sem a instituição de normas

legislatoris para se introduzirem na vida pública (garantias institucionais) ou para complementar, densificar ou concretizar o conteúdo de direitos formulados em termos vagos; em segundo lugar, a intervenção do legislador ordinário torna-se indispensável para prevenir colisão de direitos fundamentais ou conflito destes com outros valores constitucionais” (FARIAS, Edilson Pereira de, op cit. p. 88).

³⁵ Deve ficar registrado que a atividade criadora do legislador ordinário contribui, somente, para desvendar a integralidade do conteúdo do direito fundamental, que em potência e nos limites mínimos de seu alcance semântico, lógico, teleológico e sistemático está contido no próprio enunciado constitucional. Se ao legislador ordinário fosse dado decidir com total independência o conteúdo dos direitos fundamentais, a rigidez e a supremacia da Constituição estariam comprometidas.

³⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. pp. 150-51.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. – 3. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2004. p. 17.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. p. 16.

processuais penais e administrativas prevendo procedimentos de deflagração do processo, produção de provas, julgamento, prazos e recursos. O direito à previdência social (6º) seria letra morta sem a edição das leis de custeio (8.212/90) e benefícios (8.213/90) da previdência social. Direitos trabalhistas como o FGTS (7º, III) e o seguro contra acidentes de trabalho (7º, XXVIII) não teriam se tornado conquistas efetivas dos trabalhadores. Não se saberia com segurança até o momento quais direitos poderiam usufruir os consumidores em face de fornecedores sem a edição da Lei 8.078/90 (5º, XXXII).

A princípio, com razão Gilmar Ferreira Mendes ao afirmar que os casos em questão são de conformação (configuração) e não de restrição de direitos fundamentais. No entanto, é inegável que a delegação proporcionada pela Constituição ao legislador ordinário para revelar o conteúdo de direitos fundamentais traz ínsita a idéia de imposição de limites, tendo em vista que é típico de qualquer atividade conformadora, ainda que de forma indireta, fixar balizas orientadoras da extensão do objeto conformado. Ademais, a linha que separa conformação e restrição é muito tênue, a impedir em muitos casos que se aponte com precisão e rigor metodológico se uma iniciativa legislativa configurou um direito fundamental ou restringiu o seu âmbito de proteção. Exemplos dessa dificuldade podem ser facilmente identificados, como os dos casos de fixação do prazo de 120 (cento e vinte dias) pela Lei 1.533/51 para a impetração de mandado de segurança³⁹, do estabelecimento pela legislação ordinária de pressupostos processuais e condições da ação como requisitos de acesso ao Poder Judiciário, da limitação do número de testemunhas em processos criminais (art. 398 do Código de Processo Penal), da usucapião que fulmina o direito de propriedade (arts. 1.238 a 1.244 do Código Civil). Tenho que a razão está com Jane Reis Gonçalves Pereira ao sustentar:

“Assim, todas as intervenções legislativas que possam constituir obstáculos ao exercício de direito fundamental devem ser entendidas como restrições, ainda que sejam, ao mesmo tempo, configurações.

(...)

A distinção entre configuração e restrição, nestes termos, não assume contornos dicotômicos e excludentes. Trata-se de duas dimensões de um mesmo fenômeno. De qualquer modo, caberá estrear configuração e restrição naqueles casos em que a disciplina legal não afete nenhum direito, sendo “neutra em relação a todos os direitos fundamentais”.⁴⁰

³⁹ Sobre o tema, ver o rico debate de idéias, com defesa de posições divergentes, de BARROS, Suzana de Toledo, op. cit. pp. 151-56 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 202.

⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. pp. 202-3.

2.4

A ponderação como técnica de solução das colisões entre normas constitucionais⁴¹

Os critérios clássicos (temporal, hierárquico e especialidade) de solução de antinomias⁴² não se prestam para equacionar as colisões entre dispositivos constitucionais⁴³. Como todas as normas da Constituição, com exceção das emendas constitucionais, são editadas no mesmo momento, o critério cronológico não se aplica, inexistindo espaço para o brocado “norma posterior prefere a anterior com ela incompatível”. A identidade de hierarquia entre as normas constitucionais originárias, fruto da unidade da Lei Maior, impede a aplicação do critério hierárquico, afastando-se a possibilidade de invalidade de uma norma por contrariedade a outra superior⁴⁴. Também o critério da especialidade mostra-se inadequado, tendo em vista os reduzidos casos de relação norma geral-norma especial contidos na Constituição, somados à constatação de que, em regra, as colisões se dão no momento da aplicação dos

⁴¹ Como muito bem frisado por Ana Paula de Barcellos, atualmente a ponderação não se limita a uma técnica de solução de conflitos normativos. Diz a autora: “Gradativamente, porém, a ponderação tem se destacado como figura principal, e não só coadjuvante dos princípios. Já é possível identificá-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma que, aliás, vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o conflito de princípios. É possível encontrar decisões judiciais empregando um raciocínio equiparável ao que se tem entendido por ponderação para, e.g., definir o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e decidir o confronto entre regras que se chocam diante de um caso concreto e entre princípios e regras, dentro do sistema constitucional e fora dele” (BARCELLOS, Ana Paula de. *“Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56).

⁴² O conceito de antinomia foi bem delineado por Jane Reis Gonçalves Pereira: “As antinomias são contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem consequências divergentes para uma mesma situação de fato, ou seja, quando, diante de um mesmo suposto fático, encontramos no ordenamento comandos em sentidos opostos que não podem ser efetivados ao mesmo tempo” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 223).

⁴³ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 193.

⁴⁴ A constatação de inexistir relação de invalidade (inconstitucionalidade) não implica na impossibilidade de se atribuir precedência valorativa entre normas constitucionais originárias, como muito bem sustentado por Virgílio Afonso da Silva, citando o princípio da legalidade (art. 5º, II) e a disposição (art. 242, § 2º) que prevê a manutenção do Colégio Pedro II na órbita Federal (SILVA, Virgílio Afonso da. *“Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123), e Luís Roberto Barroso citando as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, op. cit. p. 203).

enunciados normativos e não a partir de uma leitura abstrata de seus conteúdos semânticos, que até então convivem harmonicamente⁴⁵.

Aliado à imprestabilidade dos métodos tradicionais de solução de antinomias, tem-se que as colisões entre dispositivos constitucionais que versam sobre direitos fundamentais e bens e interesses constitucionalmente protegidos possuem característica peculiar, que influi diretamente na escolha do melhor método para equacioná-las. É que a grande maioria desses enunciados foi inscrita na Constituição de 1988 como princípios, que podem ser traduzidos como disposições normativas de elevado grau de abstração e carga valorativa⁴⁶, de efeitos (conteúdos) relativamente indeterminados⁴⁷ e carentes de indicação dos meios para concretizá-los⁴⁸, destinados a regular um conjunto amplo e

⁴⁵ Após bem exemplificar as antinomias em abstrato e em concreto, a partir do confronto entre os direitos à livre manifestação artística e à intimidade, conclui Jane Reis Gonçalves Pereira: “O exemplo analisado põe em evidência que os conflitos de direitos fundamentais derivam de antinomias parciais-parciais, porque só sob circunstâncias determinadas as contradições entre as normas que os proclamam são materializadas. Vê-se, assim, que as esferas de superposição entre os campos de aplicação dos direitos, de um modo geral, só podem ser identificados no momento aplicativo. Essa é outra característica dos conflitos entre direitos fundamentais: eles correspondem, normalmente, as antinomias normativas em concreto, já que as normas que os consagram revelam-se compatíveis em abstrato (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 226).

⁴⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, ob. cit. pp. 1160.

⁴⁷ Essa característica peculiar dos princípios foi magistralmente trabalhada por Ana Paula de Barcellos, valendo transcrever alguns dos exemplos citados em sua obra: “A primeira diferença, portanto, está em que, ao contrário das regras, os efeitos que os princípios desejam produzir são relativamente indeterminados a partir de certo ponto. Exemplos ajudam esclarecer o que se afirma. A regra que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos pretende produzir efeito totalmente específico: nenhum menor de dezoito anos poderá realizar trabalhos noturnos, perigosos ou insalubres, mesmo que ainda seja necessária uma manifestação técnica determinando o que é perigoso ou insalubre. (...) Mas tome-se o princípio da dignidade da pessoa humana, objeto de estudo específico da segunda parte deste trabalho: que efeitos ele pretende produzir? O que ele significa? Ora, que as pessoas tenham uma vida digna. Certamente, é possível concluir que matar indiscriminadamente as pessoas viola a dignidade e, portanto, impedir tal espécie de ação e assegurar a vida é um dos efeitos pretendidos por esse princípio. Mas que se dirá da pena de morte, da eutanásia e do aborto, para ficar apenas no aspecto ‘vida’ com dignidade? (...) Haverá, muito provavelmente, opiniões diversas sobre os efeitos da dignidade nesse ponto. O mesmo se pode dizer, e.g., do princípio da livre iniciativa. Certamente, um dos efeitos que tal norma jurídica pretende produzir é impedir a apropriação estatal de todos os meios de produção. Mas tem ela também o condão de impedir a existência de monopólios estatais? E empresas públicas explorando atividades econômicas? E o controle de preços por parte do Poder Público? Também nesse particular não há unanimidade” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 52-3).

⁴⁸ Novamente valemo-nos das lições de Ana Paula de Barcellos: “A norma constitucional que determina à ordem econômica a busca do pleno emprego é um exemplo desse segundo critério. Não há propriamente indeterminação no que toca aos efeitos pretendidos pela norma: seu propósito, claramente, é que todos tenham um emprego. É essa alteração que ela deseja produzir no mundo dos fatos. Esse resultado, entretanto, pode, em tese, ser alcançado de várias maneiras. Uns dirão que a melhor forma de

indeterminado de situações fáticas⁴⁹. Já as regras, outro veículo de tradução desses enunciados⁵⁰, são disposições objetivas de limitada carga valorativa, que descrevem os efeitos e os meios de realização de seus fins, aplicáveis a situações fáticas específicas. Essas diversidades qualitativas fizeram Robert Alexy afirmar que:

“As regras são normas que, quando se cumpre o suposto de fato, ordenam uma consequência jurídica definitiva, isto é, quando se cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam definitivamente fazer algo. Portanto, podem ser chamadas “*comandos definitivos*”. Sua forma de aplicação característica é a subsunção. Diversamente, os princípios são *comandos de otimização*. Enquanto tais, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Isto significa que podem ser realizados em diferentes graus e que a medida de sua realização depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio estão determinadas essencialmente, além de pelas regras, pelos princípios opostos. Isto significa que os princípios requerem e dependem da ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios”⁵¹.

Em razão da estrutura normativa peculiar, das diversificadas e elásticas possibilidades eficaciais que comporta e dos múltiplos valores que se veiculam em uma ordem constitucional plural como a brasileira, a aplicação dos princípios não se perfaz a partir da mera operação de subsunção, que sempre marcou a incidência das regras, ou seja, enquadrando-se os fatos - premissa menor - na previsão abstrata - premissa maior - e se produzindo uma conclusão⁵². Estabelecido um conflito entre regras, a solução passa pelo afastamento definitivo de uma delas, utilizando-se para tanto de um dos três critérios

atingi-lo é a abertura de frentes de trabalho pelo Estado; outros, que é o incentivo a pequenas e médias empresas; outros, que é o aparelhamento da infra-estrutura, que atrairá as empresas que, por sua vez, gerarão empregos. Outros, ainda, dirão que o Estado deve investir em turismo etc. O fato é que, ainda que o fim seja bastante preciso, há meios variados para alcançá-lo” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, op. cit. pp. 54-5).

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. (org). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 281.

⁵⁰ Em face de sua alta carga valorativa e posição privilegiada no ordenamento jurídico, os enunciados que veiculam direitos fundamentais, mesmo quando estruturados como regras, que estabelecem diretamente obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida, a exemplo do disposto nos arts. 5º, XX (liberdade associativa), LXV (relaxamento da prisão ilegal), XL (irretroatividade da lei penal), LXXV (responsabilidade do Estado por erro judiciário) e 150, I (legalidade tributária) e III, ‘b’ (anterioridade tributária), acabam por corporificar princípios, que potencializam subjetiva e objetivamente o seu grau de efetividade.

⁵¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 75.

⁵² BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit. pp. 285-86.

clássicos de solução de antinomias já analisados, com a seleção da remanescente para reger, por subsunção⁵³, a situação fática posta. Por isso se diz que as regras operam no plano da validade, fazendo imperiosa a incidência integral de sua consequência jurídica sempre que aplicável a um caso concreto⁵⁴.

Já os princípios, que permitem uma graduação de sua carga eficaz (conteúdo) e consubstanciam decisões políticas de alta carga valorativa, operam no plano do peso ou da importância, não admitindo a simples declaração de invalidade ou o mero afastamento de um em detrimento do outro, sob pena de ao legislador ordinário ou ao intérprete-aplicador ser conferido o poder de dispor de direitos fundamentais e de outros conteúdos da Constituição. Um simples exemplo pode atestar essa impropriedade. A divulgação ao público de fato da vida privada de uma pessoa fere os seus direitos fundamentais à imagem, à vida privada, à intimidade e, em alguns casos, à honra. No entanto, é inegável que fatos da vida de determinadas pessoas, ainda que relacionados à sua esfera privada, podem ser de interesse público, motivo pelo qual a sua divulgação está garantida pelo direito fundamental à informação. Qualquer solução para a disputa em questão, formulada a partir do afastamento ou da invalidade de um

⁵³ Atualmente, a doutrina já vem demonstrando que também as regras estão sujeitas a ponderação. Nesse sentido são as lições de Humberto Ávila, formuladas em obra densa e específica sobre o tema: “Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do *modo final de aplicação*, pois, para eles, as regras são aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios, de modo gradual *mais ou menos*. (...) O critério do *modo final de aplicação*, embora tenha chamado a atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, pode ser parcialmente reformulado. Senão vejamos. Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto da interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso. É só conferir alguns exemplos de normas que preliminarmente indicam um modo absoluto de aplicação, mas que, com a consideração a todas as circunstâncias, terminam por exigir um processo complexo de ponderação de razões e contra-razões. (...) Vejam-se alguns exemplos. A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. Se for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. (...) Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 35-7).

⁵⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, ob. cit. pp. 1161-1162.

dos princípios envolvidos para subsunção ao conteúdo do remanescente, implica em quebra da unidade e da supremacia da Constituição, com graves consequências para o sistema de direitos e garantias por ela sufragado. É que a intimidade, a imagem e a honra das pessoas poderiam ser sempre integralmente sacrificadas em detrimento do direito à informação ou vice-versa.

Na lapidar lição de Canotilho:

“(…); os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objeto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standarts” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias”⁵⁵.

Diante do cenário até aqui traçado, resta evidenciado que a ponderação é o critério hermenêutico mais adequado⁵⁶ para solucionar colisões de direitos fundamentais entre si e em relação a bens e interesses constitucionalmente protegidos, sem perda da unidade de sentido da Constituição e com garantia da máxima efetividade de suas normas. Sobre o significado da ponderação acentuou Jane Reis Gonçalves Pereira:

“O vocábulo ponderação, em sua concepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalanceados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder ou, quando seja o caso, qual deverá prevalecer”.⁵⁷

Como técnica de solução de colisões, a ponderação implica na construção de uma decisão a partir da atribuição de peso ou importância às

⁵⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, ob. cit. pp. 1161-62.

⁵⁶ O fato de ser considerado pela doutrina majoritária o critério mais adequado para a solução dessas colisões, com ampla aceitação pelos tribunais pátrios, inclusive o Supremo Tribunal Federal, não coloca a ponderação a salvo de críticas. Entre as principais podem ser citadas o seu caráter irracional, que coloca o conteúdo da Constituição a mercê do subjetivismo incontrolável dos juízes, e o déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário para realizar escolhas acerca de valores, bens e direitos constitucionais, que deveriam ficar reservadas ao Poder Legislativo. Uma ampla discussão acerca dessas críticas, com resultado favorável à ponderação, decorrente da exigência de que a sua aplicação seja sempre fundamentada com base em uma argumentação racional, pode ser encontrada em SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. pp. 141-48.

⁵⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 261.

diversas normas inicialmente aplicáveis a uma situação fática, para, ao final, se aferir qual delas deverá prevalecer e em qual intensidade. Ela permite que o intérprete-aplicador confira precedência a uma das normas em disputa, seja para afastar integralmente a incidência ou impor restrições ao âmbito de proteção de uma delas, ou mesmo para impor restrições ao âmbito de proteção de ambas, produzindo o que Eros Grau denominou de “norma de decisão”⁵⁸. Em síntese, a ponderação propicia a revelação do verdadeiro alcance das normas constitucionais.

Em um estado democrático como o brasileiro a eleição de preferências com escora na técnica da ponderação devem ser preferencialmente implementadas pelo Poder Legislativo, por meio de leis de caráter genérico⁵⁹, cabendo ao Executivo e ao Judiciário a sua aplicação nos casos concretos, não alcançáveis pelo legislador, e ao Judiciário, com primazia, a correção dos manifestos excessos dos demais poderes⁶⁰.

2.5

Os limites às restrições aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais se tornaram realidade com o objetivo de proteger o homem do poder estatal, garantindo-lhe os pressupostos necessários para o estabelecimento de uma vida livre e digna.⁶¹ Para cumprir essa tarefa a Constituição retirou tais direitos da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, do administrador e do juiz, que não podem desprezá-los ou amesquinhá-los em suas atuações. Nesse cenário de total supremacia dos direitos fundamentais é que se coloca com destaque a questão da imposição de limites ao poder de restrição de seu âmbito de proteção, valendo lembrar, como

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 24.

⁵⁹ Em regra, toda escolha legislativa que densifica ou estabeleça solução abstrata para conflitos entre direitos e bens constitucionalmente protegidos implica em ponderação (política). Nesse sentido o art. 128, II, do Código Penal, que autoriza o aborto em caso de estupro, o art. 5º da Lei 9.870/90, que autoriza a não renovação da matrícula do estudante em caso de inadimplência, e o art. 3º da Lei 8.009/90, que elenca uma série de hipóteses de penhorabilidade do imóvel residencial.

⁶⁰ Tratando dos direitos sociais, afirmou Andréas J. Krell: “O primeiro intérprete da Constituição é o legislador, ao qual a mesma confere uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional” (KRELL, Andréas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*, op. cit. p. 29).

⁶¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit. p. 560.

já sustentado em título anterior, que as restrições militam em favor da unidade e da efetividade da Constituição, bem como da universalidade desses mesmos direitos.

Para tornar compatível a idéia de supremacia dos direitos fundamentais com a imperiosa necessidade de impor limites ao seu alcance foi desenvolvida pela doutrina alemã a teoria dos “limites dos limites”, que segundo Jane Reis Gonçalves Pereira “visa a designar os diversos obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais”⁶². Segundo essa teoria, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos na medida necessária para a efetivação de outros direitos da mesma natureza e de bens constitucionalmente protegidos, resguardando-se sempre uma carga de efetividade ao direito restringido que evite o seu total esvaziamento. Nesse sentido sustenta Luiz Fernando Calil de Freitas:

“O sistema constitucional dos direitos fundamentais, a par de os estabelecer e viabilizar a respectiva limitação e restrição, como forma de auto-defesa configura um complexo mecanismo de limitação e controle dos atos de aposição de limites e restrições, de modo a que a ação limitadora ou restritiva somente se dê na medida estritamente necessária e indispensável à própria concretização e preservação de tais direitos e demais bens constitucionalmente protegidos”.⁶³

Em ordens constitucionais como a alemã de 1949⁶⁴ e a portuguesa de 1976⁶⁵ foi expressamente instituído um regime de limitação às restrições de direitos fundamentais, com o elenco de obstáculos formais e materiais. Embora a ordem constitucional brasileira não tenha seguido no mesmo caminho, é possível extrair da supremacia e da indisponibilidade dos direitos fundamentais (art. 60, § 4º, IV) regime semelhante, que forneça os instrumentos materiais e formais indispensáveis para controlar a atividade do legislador, do administrador e do juiz na imposição de restrições a esses direitos. Sem pretensão de alcançar consenso em torno do tema, os três principais instrumentos de efetivação da

⁶² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 298.

⁶³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de, op. cit. p. 185.

⁶⁴ “Artigo 19º (1) Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base numa lei, essa lei deverá ter carácter geral e não ser limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em caso algum pode um direito fundamental ser afectado no seu conteúdo essencial”.

⁶⁵ “Artigo 18º 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

teoria dos “limites dos limites” parecem ser, inegavelmente, a reserva de lei, a proporcionalidade e o respeito ao núcleo essencial.

A reserva de lei impõe que qualquer restrição geral a direito fundamental seja estabelecida por meio de lei formal, ficando a Administração impedida de veicular restrições por meio de ato normativo infralegal⁶⁶. No caso brasileiro, essa limitação vem expressa no art. 5º, II, da Constituição Federal, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e nos diversos dispositivos constitucionais que autorizam a restrição a direitos fundamentais, uma vez que o instrumento para veiculá-las é sempre a lei (art. 5º, VII, XII, XIII, XV etc). Assim, por questão de lógica e simetria, qualquer restrição geral a direito fundamental não autorizada expressamente pela Constituição⁶⁷ também deverá ser feita por lei formal. Por fim, deve-se registrar que para passar no teste de constitucionalidade essas leis restritivas devem ser genéricas e abstratas - no sentido de não estarem dirigidas a pessoas ou situações determinadas⁶⁸ -, não retroativas⁶⁹ e circunscritas às finalidades impostas expressamente pela Constituição⁷⁰.

A autorização constitucional, por si só, não é suficiente para conferir legitimidade às restrições aos direitos fundamentais. Para tanto, é preciso que

⁶⁶ O que não retira da Administração relevantes poderes nessa seara, tendo em vista as escolhas que lhe são reservadas pelos conceitos jurídicos indeterminados presentes nas leis restritivas.

⁶⁷ Ver nota 33.

⁶⁸ Nesse sentido Gilmar Ferreira Mendes: “Outra limitação implícita que há de ser observada diz respeito à proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório. Em outros termos, as restrições aos direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material quanto a possibilidade de que, por meio de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos (MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. p. 73).

⁶⁹ A exigência de não retroatividade ganha destaque no cenário jurídico brasileiro, que traz o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada como garantias constitucionais expressas (art. 5º, XXXVI).

⁷⁰ São os casos de reservas legais qualificadas, oportunidade em que a Constituição não se limita a autorizar a restrição ao direito fundamental por meio de lei, como nas reservas legais simples. Aqui a Constituição, a par de autorizar a restrição por lei, impõe condições especiais ou finalidades específicas a serem observadas pelas restrições. Veja-se o disposto no art. 5º, XIII, que determina ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. No caso, restrições somente poderão ser impostas com a finalidade de garantir a adequada qualificação profissional, essencial para o desenvolvimento seguro e eficiente das atividades correlatas. Restrições que transbordem dessa finalidade constitucional, como a que, por exemplo, para garantir a regularidade do mercado de trabalho e a margem de lucro dos profissionais, limite o número de advogados, médicos ou farmacêuticos em um Município ou Estado, seria inconstitucional. Também nesse sentido seria eivada de inconstitucionalidade lei que autorizasse escuta telefônica para fins de investigação de ilícito civil ou administrativo, tendo em vista a destinação específica imposta pelo inciso XII do art. 5º.

tais restrições guardem sensível relação de pertinência entre os fins visados e os meios empregados, revelando-se adequadas, necessárias e relevantes. Caso contrário, estarão a atentar indevidamente contra a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais. Por isso se diz que a proporcionalidade é instrumento metodológico de aferição da validade material (mérito) de restrições a preceitos fundamentais, possibilitando a correção dos excessos legislativos, administrativos e judiciais nesse campo.

Embora não tenha sido mencionado expressamente na Constituição Federal de 1988, o fundamento normativo do princípio da proporcionalidade⁷¹ pode ser extraído de vários elementos constitucionais, em especial das cláusulas do devido processo legal⁷² e do estado de direito⁷³, da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais e da própria estrutura normativa desses direitos⁷⁴. Para cumprir sua função, a proporcionalidade se desdobra em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação obriga que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea à consecução de um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, a medida restritiva deve guardar relação empírica e eficiente de causa e efeito na promoção de outro direito fundamental ou de bens ou interesses constitucionalmente protegidos. A necessidade exige que entre as diversas

⁷¹ É importante registrar a existência de fundada crítica doutrinária à classificação da proporcionalidade como princípio. Em obra dedicada ao tema, Humberto Ávila defende que a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo (ÁVILA, Humberto, op. cit. pp. 87-9). Já Jane Reis Gonçalves Pereira, sem afastar a aceitação da proporcionalidade como princípio, entende que sua melhor qualificação é como regra (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. pp. 323).

⁷² Esse o entendimento do STF sobre a questão: “O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV)”. (ADI 1407 MC / DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 07/03/96, Tribunal Pleno, DJU 24-11-00, p. 86).

⁷³ BARROS, Suzana de Toledo, op. cit. pp. 93-100.

⁷⁴ Esse é o entendimento de Jane Reis Gonçalves Pereira: “No entanto, a explicação mais adequada para fundamentar a utilização do princípio da proporcionalidade como ferramenta metodológica no controle de validade das restrições aos direitos fundamentais encontra-se na própria estrutura das normas que os consagram. É que, ao entender-se as normas de direitos fundamentais como princípios – ou seja, como normas que podem ser cumpridas em diferentes graus –, torna-se imperativo adotar um critério que se preste a mensurar em que escala a Constituição exige o seu cumprimento em cada caso. Assim, a noção de proporcionalidade é correlativa ao conceito de princípio” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. pp. 321-2).

medidas restritivas aptas a promover o fim perseguido seja eleita a menos lesiva para o direito fundamental atingido. Já a proporcionalidade em sentido estrito, como última fase da conferência da validade da medida restritiva, pressupõe a relevância ou pelo menos a equivalência do fim promovido em face da restrição operada.

Como último instrumento da teoria dos “limites dos limites” a ser superficialmente⁷⁵ analisado, temos o respeito ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que ganhou grande projeção doutrinária e jurisprudencial após sua expressa previsão em constituições como a alemã e a portuguesa⁷⁶. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, esse mecanismo foi instituído na tentativa de contornar o perigo de esvaziamento dos direitos de liberdade pelo legislador democrático, com especial foco para os direitos concebidos como instituição jurídica, que deveriam ter o mínimo de sua essência garantidos constitucionalmente⁷⁷. A partir daí, passou a ser entendido como garantia geral de que as intervenções no âmbito dos direitos fundamentais não podem avançar sobre o conteúdo mínimo de um direito, a ponto de afastar integralmente a sua potencialidade eficaz.

Criticado pela incerteza na definição e no alcance de seu próprio objeto – desvendar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais – e rebaixado à posição de mero reforço retórico do princípio da proporcionalidade – mais eficiente e seguro no controle de restrições aos direitos fundamentais -,⁷⁸ a proteção ao núcleo essencial continua exercendo para Canotilho papel autônomo e relevante como um dos instrumentos da teoria dos “limites dos limites”, nesses termos:

“Parece-nos de rejeitar a idéia, recentemente defendida entre nós, de que a garantia do núcleo essencial nada mais é do que “uma mera proclamação e sinalização da ponderação e vinculação do legislador ordinário e restantes

⁷⁵ Por ser de pouca valia para este estudo, não serão analisadas as teorias objetiva, subjetiva, absoluta, relativa e mistas acerca da proteção ao núcleo essencial. Para conhecimento da questão recomenda-se CANOTILHO, Joaquim José Gomes, op. cit. pp. 458-61 e FREITAS, Luiz Fernando Calil de, op. cit. pp. 192-204.

⁷⁶ Ver notas 64 e 65. Também a Constituição Espanhola de 1978 prevê expressamente a proibição de violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (art. 53, n. 1).

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. p. 42.

⁷⁸ Para Jane Reis Gonçalves Pereira, “As dificuldades suscitadas pelo conceito de conteúdo essencial e o notável desenvolvimento dogmático que o princípio da proporcionalidade apresentou nas últimas décadas têm levado os Tribunais Constitucionais a utilizar essa noção como uma pauta secundária e residual. Neste estudo, defende-se que o mais adequado é reconhecer que a idéia de conteúdo essencial pode operar no *plano discursivo*, desempenhando uma função argumentativa subsidiária no controle das restrições aos direitos fundamentais. Tal conceito deve ser utilizado como um instrumento argumentativo retórico que joga a favor do direito de ponderação, não ostentando, porém, significado normativo autônomo” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 510).

poderes constituídos pelos direitos fundamentais”. Bastam dois exemplos para se ver a autonomia do núcleo essencial relativamente ao princípio da proibição do excesso. Quando se proíbe a pena de morte não se pretende dizer que essa pena é “apenas” excessiva. Pretende-se salientar que, depois do cumprimento desta pena, “não resta nada” do mais sagrado dos direitos – o direito à vida. Segundo exemplo: quando se censura a prisão perpétua, a idéia não é somente a de acentuar o seu caráter desproporcionado, como talvez seja o caso da discussão da pena máxima de prisão (25 anos? 30 anos?). A liberdade está sujeita à ponderação de direitos e bens, mas afirmar-se um núcleo absoluto significa só isto: o valor liberdade individual é constitutivo da ordem constitucional. É este o sentido que nos parece estar presente no projeto de Constituição Européia, onde se estabelece (art. II-52) que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades” “deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades”.⁷⁹

⁷⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, op. cit. p. 461.