



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CURSO DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA

LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS

A Restrição de Direitos fundamentais: O Problema da Fundamentação

GUARABIRA
2013

LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS

**A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DA
FUNDAMENTAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direitos fundamentais e Democracia da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Orientador: Professor Doutor Luciano Nascimento Silva

Guarabira
2013

S237r

Santos, Luiz Elias dos

A restrição de direitos fundamentais: o problema da fundamentação / Luiz Elias dos Santos. – Guarabira: UEPB, 2012.

64f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização Direitos fundamentais e Democracia) – Universidade Estadual da Paraíba.

“Orientação Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva”.

1. Direitos fundamentais 2. Dogmática
3. Restrições I. Título.

22.ed. CDD 340.1

LUIZ ELIAS MIRANDA DOS SANTOS

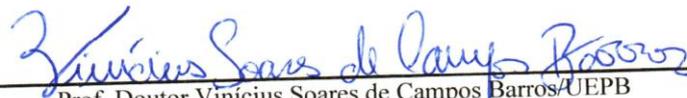
**A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA
DA FUNDAMENTAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direitos Fundamentais e Democracia da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

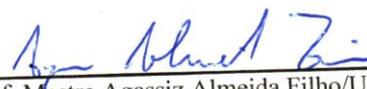
Aprovada em 23 de julho de 2013



Prof. Doutor Luciano Nascimento Silva/UEPB
(Orientador)



Prof. Doutor Vinicius Soares de Campos Barros/UEPB
(Examinador)



Prof. Mestre Agassiz Almeida Filho/UEPB
(Examinador)

Aos meus mestres e alunos passados, presentes
e futuros.

AGRADECIMENTOS

Muitas pessoas concorreram para que este momento fosse possível, busco aqui fazer meu agradecimento especial, citando as mais importantes, a ausência neste modesto espaço não implica esquecimento ou falta de importância, mas na verdade falta de espaço.

A família tem, necessariamente de ocupar um lugar especial, a minha é a base de tudo, o alicerce onde me sustento.

Gostaria, primeiramente, de agradecer aos ausentes e honrar suas memórias, meu pai João Elias dos Santos (1939-2007) e meu avô Elias Correia dos Santos (1915-2011), em especial este último pela grande vontade de viver até seus últimos dias. Agradeço ainda à minha querida mãe, Maria da Consolação Miranda dos Santos, um verdadeiro exemplo de trabalho, abnegação e renúncia em favor dos filhos, ela é a verdadeira transfiguração da minha ideia de amor maternal que se inicia com a concepção e apenas vê seu dever como cumprido no final da vida; aos meus irmãos Izaura e João Paulo, o apoio do amor fraternal é indispensável desde sempre e em todos os momentos.

Os amigos, aquele círculo extrafamiliar que acolhemos como se nossa família fosse também representou muito para o vencimento desta etapa.

Deixo aqui meu muito obrigado à família Toscano Henriques (Alexandre, Cleoma, Heitor e o dileto amigo Henrique) que me acolheram durante toda a duração do curso de especialização com carinho, compreensão e hospitalidade. Foram muito importantes as conversas, brincadeiras e risadas antes e depois das aulas são algo pelos quais nunca poderei agradecer à altura e pelo qual sou imensamente grato.

Agradeço Manoel César de Alencar Neto, grande amigo o qual sempre gosto de me referir como meu 'segundo irmão mais novo', sua amizade é inestimável e suas conversas (sejam elas jurídicas ou não) tornam sempre o dia mais agradável e mesmo sem muita presença física (uma vez que estávamos separados por um oceano de distância) é alguém sempre muito importante.

Aos mestres, em especial, Agassiz Almeida Filho o mais antigo mentor e incentivador de minha carreira acadêmica e o meu orientador Luciano do Nascimento Silva (outro grande incentivador que impressiona tanto pelo intelecto quanto pela belíssima história de vida), mais do que mestres, amigos para uma vida inteira.

A Miguel, pequeno anjo de candura que surgiu em minha vida no ano de 2011 e mudou muitos de meus conceitos sobre uma porção de coisas em minha existência desde o primeiro instante em que o vi saindo da sala de parto e me comove cada vez que vê e com sua linda voz atrapalhada me chama de ‘titi’.

At last, but never the least, fica o agradecimento a uma pessoa que há muito habita meu coração, perto ou longe ela é sempre o primeiro e o último pensamento em minha cabeça todos os dias, muito obrigado, Diara, uma frase (batida, é claro) resume o que sinto por ti: eu te amo!

Por fim, agradeço a todos os outros que me ajudaram e incentivaram, mesmo que não possam ser citados aqui nominalmente em razão do espaço, mas não poderia esquecer os queridos amigos Kleyton Viriato, Gleysianne Souza Lira, Vinícius Lúcio, em nome dessas sintam-se agradeço todos os outros não citados e omitidos.

“O direito não é elemento, mas síntese, não é premissa de validade, mas validade cumprida [...], não é *prius*, mas *posterius*, não é dado, mas solução, não está no princípio, mas no fim. [...]. Não é "o direito" que se distingue de "o facto", pois o direito é a síntese normativo-material em que o "facto" é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta”.

António Castanheira Neves. In: *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 586.

“Juízes, vocês são aplicadores, não donos da lei”. (Lênio Luiz Streck)

RESUMO

O presente trabalho tem o claro objetivo de investigar uma problemática muito comum na prática judicial contemporânea brasileira: a ausência de fundamentação das decisões judiciais no tocante à limitação de direitos fundamentais. Para chegar ao núcleo essencial do problema, viu-se a necessidade de uma incursão em uma Teoria Geral dos Direitos fundamentais e dentre as muitas existentes reportamo-nos a de Robert Alexy. A partir do paradigma de sua dogmática fundada na distinção entre regras e princípios adentramos no tema do conteúdo essencial, das restrições e do problema da ausência de fundamentação nas restrições judiciais a direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, dogmática, eficácia, restrição, Robert Alexy.

ABSTRACT

The present work has the clear objective to investigate a problem very common in Brazilian contemporary judicial practice: the lack of reasoning of court decisions regarding the limitation of fundamental rights. To get to the core of the problem, saw the need for a raid on a General Theory of Fundamental Rights of the many existing and We refer to Robert Alexy. From a dogmatic paradigm founded on the distinction between rules and principles we enter on the subject of the essential content, the restrictions and the problem of lack of reasoning in judicial restrictions to fundamental rights.

Keywords: Dogmatic, efficacy, fundamental rights, restriction, Robert Alexy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	11
1.1. Delimitação do Tema.....	11
1.2. Metodologia Utilizada	12
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: POR UMA TEORIA GERAL.....	13
2.1. TEORIA DOS PRINCÍPIOS: UM PONTO DE PARTIDA.....	15
2.2. Direitos fundamentais, suporte fático e âmbito de proteção	21
3. O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
3.1. A Máxima da proporcionalidade	28
4. SOBRE AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
5. AS RESTRIÇÕES JUDICIAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA FUNDAMENTAÇÃO	36
5.1. Decisões judiciais e o dever de fundamentação	37
5.2. As restrições judiciais a direitos fundamentais.....	39
6. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA NAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
8. REFERÊNCIAS	45

1. Introdução e considerações iniciais

O presente trabalho monográfico destina-se a galgar ao grau de especialista em Direitos fundamentais. Para a escolha do tema pensou-se muito, uma vez que temática dos Direitos fundamentais vem sendo um das mais visitadas no âmbito das investigações realizadas no Brasil na área do direito, em especial do direito constitucional.

A ideia para o tema da presente monografia foi pensado após a apresentação de um trabalho com mesmo título no II Congresso Jurídico do Centro de Humanidades da UEPB intitulado Direitos fundamentais e Democracia: A Efetivação do Estado Democrático.

1.1. Delimitação do Tema

A temática do presente trabalho é bastante atual. Os Direitos fundamentais, como já declinado anteriormente, constituem-se como um dos temas centrais do direito público da atualidade – ou até mesmo do direito privado se considerarmos as pesquisas que versam sobre a eficácia horizontal dos Direitos fundamentais.

No tocante à efetividade e à interpretação dos Direitos fundamentais, o Poder Judiciário exerce um papel central, visto que (apesar das estruturas existentes no catálogo de Direitos fundamentais não serem exclusivamente destinadas a ele, mas primordialmente à relação entre cidadão e Estado¹) é este poder que dá a última palavra sobre o alcance, amplitude e interpretação dos Direitos fundamentais existentes na Constituição Federal.

Contudo, o que se percebe é que aqui no Brasil em termos de decisões emanadas do Judiciário é o despreparo da maioria dos magistrados para lidar com um tema tão importante quanto os Direitos fundamentais, em especial quando se trata de uma possível restrição de algum desses direitos públicos subjetivos, sendo fácil encontrar decisões com fundamento contraditório ou até mesmo sem fundamentação (fato este que viola diretamente o art. 93, IX da Constituição Federal) ferindo mortalmente a ideia de direito como fruto da racionalidade humana.

O objetivo do trabalho é buscar, a partir de alguns temas presentes na Teoria Geral dos Direitos fundamentais, apontar os principais problemas existentes nas decisões judiciais no tocante à restrição dos Direitos fundamentais e como essas possíveis restrições devem ser

¹ Apesar de tal afirmação, não descartamos a possibilidade de efeitos dos Direitos fundamentais nas relações entre particulares.

efetivadas pelo Poder Judiciário para que não se viole o chamado conteúdo essencial dos Direitos fundamentais.

Dentro deste panorama de delimitação dos direitos e liberdades públicas pelo Poder Judiciário, desde já é necessário frisar a importância da Teoria da Argumentação para a investigação no sentido de produzir enunciados que possibilitem a correta restrição ou delimitação de conteúdo dos Direitos fundamentais.

A problemática central da presente investigação é, a partir da análise da Teoria dos Direitos fundamentais, verificar se é possível impor restrições ao exercício dos Direitos fundamentais e, se possíveis, como elas devem ser efetivadas pelo Poder Judiciário sem violação ao conteúdo essencial dos mesmos.

Por fim, resta uma advertência que as todas as citações utilizadas no trabalho que foram originalmente escritas em português, quando preciso, foram adaptadas para se adequar ao acordo ortográfico da língua portuguesa de 1990 em vigor no Brasil a partir de 1º de janeiro de 2009.

1.2. Metodologia Utilizada

Antes de qualquer coisa, é necessário expor a metodologia utilizada na construção do presente trabalho monográfico. Saliente-se que a ênfase do presente trabalho é amplamente dogmática e analítica, onde se buscam conceitos de teoria geral de forma prévia à aplicação do direito, ou nas palavras de Wolfram Cremer, a dogmática jurídica tem o objetivo “a reconstrução sistemática de um dado material jurídico”².

Quanto a isso, consideramos adequada a proposta elaborada por Robert Alexy³ e seguida por Virgílio Afonso da Silva⁴, ambos visualizam a abordagem metodológica em três dimensões distintas: a analítica, a empírica e a normativa.

A dimensão analítica busca conhecer as estruturas básicas mais elementares do objeto da investigação, no presente trabalho a dimensão analítica manifesta-se ao analisar os conceitos essenciais da Teoria dos Princípios e da Teoria Geral dos Direitos fundamentais.

² CREMER, Wolfram. *Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen*. Tübingen: Mohr, 2003, pp. 17-18. Apud: AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 31.

³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 33-36. Ressalte-se que esta divisão também é utilizada pelo teórico alemão Rafl Dreier em *Recht – Moral – Ideologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

⁴ AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. *ob. cit.*, pp. 31-32

A dimensão empírica diz respeito mais ao conteúdo prático, ou seja, busca uma análise da cognição do direito válido pelos tribunais⁵, em especial no que tange à construção do processo argumentativo presente nas decisões judiciais que lidam com Direitos fundamentais.

Por fim, surge a dimensão normativa busca responder as questões propostas no início do trabalho, estabelecendo uma crítica à práxis jurídica e, sobretudo da práxis jurisprudencial.

2. Direitos fundamentais: por uma teoria geral

Desnecessário o enfoque histórico que ensejou o surgimento dos direitos fundamentais (tema por demais abordado, mostrar-se-ia interessante realizar uma crítica sobre o conteúdo dos mesmos, no entanto este não é o local apropriado⁶), faz-se necessária a abordagem de uma Teoria Geral dos direitos fundamentais e eventuais críticas que possam surgir em relação à mesma.

Como ponto de partida será levada em consideração essencialmente a dogmática dos Direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy com eventuais diálogos entre seus seguidores e críticos.

Apesar de neste momento buscar uma análise mais dogmática da questão dos direitos fundamentais, os mesmos não podem ser ignorados como problemas concretos, ou seja, práticos, que é a abordagem essencialmente jurídica. Então, sempre que possível a análise dogmática será vinculada também à visão prática do direito, em especial da práxis jurisprudencial.

Neste momento poderíamos formular uma indagação básica – e essencial – que ao mesmo tempo pode se mostrar por demais complexa: o que são os direitos fundamentais?

O nascimento da ideia de Direito Fundamental é um dos alicerces da concepção liberal de Estado Constitucional (ou Estado liberal de direito), onde a ideia básica seria conter o voluntarismo estatal representado no *Polizeistaat* com base na criação de uma legalidade

⁵ É de bom alvitre deixar bem claro que, apesar de no decorrer do trabalho recorrermos às decisões em sede de jurisdição constitucional efetivada pelo Supremo Tribunal Federal, tentaremos ao máximo evitar recair no dilema do ‘argumento de autoridade’, visto algumas imprecisões teóricas nas próprias decisões do STF. Sobre a necessária rejeição da importância do argumento de autoridade, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. WANG, Daniel Wei Liang. *Quem sou eu para Discordar de um Ministro do STF: O Ensino do Direito Entre o Argumento de Autoridade e o Livre Debate de ideias*. In: **Revista de Direito GV**. São Paulo, 6(1) Jan-Jun 2010, pp. 95-118.

⁶ Para uma crítica do discurso dos direitos fundamentais. cf. DOUZINAS, Costa. *O Fim dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Unisinos, 2009.

estrita vinculativa, em especial da administração estatal, e de um sistema de liberdades negativas do cidadão a serem exercidas contra o Estado⁷.

Desta forma, percebe-se a importância dos Direitos fundamentais para a defesa da sociedade contra eventuais arbitrariedades (direitos de defesa) ou também para garantir o pleno desenvolvimento das capacidades humanas (direitos sociais, econômicos e culturais) e, a partir de tal análise, podemos aderir à “tese da fundamentalidade”, onde podemos definir que os Direitos fundamentais são aqueles direitos considerados como mais importantes para a sociedade.

A ideia de fundamentalidade acima exposta pode, num primeiro momento, parecer um pouco confusa, todavia afirmar que o conceito de Direitos fundamentais liga-se ao que a sociedade entende como mais importante a ser protegido ou fomentado compatibiliza-se com caráter histórico esses direitos possuem frente à sociedade, visto que cada época histórica possui os Direitos fundamentais que compreende como adequados ou necessários.

Como nosso sistema jurídico funda-se, em grande parte, na ideia da existência de um “império da lei” e também da suprallegalidade constitucional⁸, não faria sentido dar origem a normas de Direitos fundamentais sem garantir às mesmas uma dignidade especial que a diferenciasse das outras normas existentes, ou seja, conferir dignidade constitucional às mesmas é ratificar a importância delas tanto para a sociedade quanto para o Estado.

Seguindo a senda de J. J. Gomes Canotilho⁹, podemos desdobrar a tese da fundamentalidade em dois aspectos distintos, a forma e a material.

A fundamentalidade formal liga-se à constitucionalização dos Direitos fundamentais e importa em quatro dimensões essenciais: a) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; b) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; c) como normas incorporadoras de Direitos fundamentais passa, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão¹⁰ e d) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros

⁷ Claro que na atualidade a ideia de Direitos fundamentais se expandiu bastante, o que em fins do século XVIII e início do século XIX era apenas liberdade negativas dos cidadãos se expandiu rumo os direitos sociais, econômicos e culturais no século e os direitos transindividuais do fim do século XX e início do século XXI.

⁸ Entendimento em muito importado da matriz constitucional estadunidense, entendimento que a Constituição seria uma *paramount law*, e que depois surgiu também no direito europeu graças aos avanços protagonizados, em sua grande parte, por Hans Kelsen e o controle de constitucionalidade que tem como ideia basilar a concepção da Constituição como norma jurídica hierarquicamente superior dentro de um ordenamento formal.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 379.

¹⁰ Em nossa Carta Magna, este desdobramento da fundamentalidade formal (catálogo de Direitos fundamentais como limite ao poder constitucional de revisão) é expresso por meio do art. 60, §4º, IV.

materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais¹¹.

A esta segue a ideia de fundamentalidade material, ou seja, o postulado de que os Direitos fundamentais é um item estruturante das bases da sociedade e do Estado. Embora em termos dogmáticos o caráter formal da fundamentalidade (por se ligar diretamente a questões conexas ao surgimento de Direitos fundamentais como normas constitucionais) possa parecer mais importante, o postulado da fundamentalidade material é o que será decisivo para a criação de novos Direitos fundamentais e sem o entendimento material do que vem a ser os mesmos, eles não podem receber tratamento constitucional, sendo importante entendermos uma interdependência entre os dois postulados.

Como já afirmado anteriormente, os Direitos fundamentais buscam constituir as bases normativas para a sociedade e o Estado. Daí deduziu-se que para normatizar algo tão complexo, precisa-se de um recurso que possibilite a necessária abertura normativo-semântica, sendo impossível lançar um olhar dogmático sobre as normas de Direitos fundamentais sem recorrer à Teoria dos Princípios.

2.1. Teoria dos Princípios: um ponto de partida

Superando a análise de origens histórica dos Direitos fundamentais, resta-nos o enfoque dogmático, ou seja, a busca de compreender os mesmos como normas, mas o que vêm a ser normas?

O conceito de norma é fundamental na Teoria do Direito (mas não exclusiva dela), sendo que inúmeros teóricos como Kelsen, Luhmann, Austin, dentre outros tentaram formular um conceito para a mesma não atingindo um grau satisfatório de unanimidade na Ciência do Direito.

De uma forma bastante simplificada (já que o conceito de norma é uma discussão muito fecunda e não é o objeto principal desta investigação), podemos entender as normas como estruturas deônticas, ou seja, mandamentos lógicos que funcionam a partir dos operadores modais ‘é proibido que’, ‘é obrigatório que’ e ‘é permitido que’. Como esta modalidade de lógica modal não é simplesmente descritiva – mas normativa, que busca

¹¹ Como exemplo desta vinculatividade imediata destas normas, podemos citar o §1º do art. 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

determinar certas condutas humanas – ao mandamento deontico pode estar associado um fator consequencial¹².

É importante sempre lembrar que a existência de uma norma não necessariamente vincula-se à existência de um texto legal, “não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte”¹³, tal assertiva alinha-se com as propostas de autonomização entre *jus* e *Lex* pelas quais o direito na atualidade vem passando¹⁴.

Superado – apesar de não esgotado – o problema de escolher um conceito sobre o que vem a ser uma norma, surge uma nova dúvida, como é possível (em termos abstratos ou concretos) uma norma poder ser caracterizada como de Direito Fundamental?

São possíveis duas formas de encarar este questionamento, de forma abstrata, onde se indagará o que faz uma norma ser caracterizada como de Direito Fundamental, independentemente de pertencer a qualquer ordenamento jurídico; ou ainda de forma concreta, quando nos indagamos, levando em consideração um determinado ordenamento formal, quais normas são ou não de Direitos fundamentais.

Inevitavelmente o primeiro questionamento (abordagem abstrata) responde o segundo, pois, se levarmos em consideração a construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e o próprio texto de nossa Constituição, há a possibilidade de normas de Direitos fundamentais localizadas externamente ao catálogo de Direitos fundamentais existentes no art. 5º como é o caso dos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos com ratificação qualificada pelo Congresso Nacional (art. 5º, §3º da Constituição Federal) ou o princípio da anualidade em matéria tributária como limite ao poder impositivo do Estado (limitação ao poder de tributar) e garantia de liberdade do cidadão contribuinte¹⁵.

¹² Um exemplo clássico da associação consequencial da lógica deontica – ou seja, lógica jurídica – é a norma do código penal que tipifica o homicídio como crime. Por mais que o art. 121 do Código Penal tenha natureza descritiva em sua análise meramente semântica (homicídio: matar alguém), ao analisar os elementos normativos do tipo penal (o que muitos estudiosos da filosofia do direito preferem designar como enunciado normativo), observa-se que a norma não busca apenas descrever uma conduta, mas sim, ao descrever a conduta tipificada como crime associa uma pena privativa de liberdade com o escopo de inibir a realização de tal ação, ou seja, há uma associação consequencial: é proibido matar, mas, se matares serás condenado a uma determinada pena privativa de liberdade.

¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30.

¹⁴ Tais propostas podem ser percebidas dentre tanto, por exemplo, com habitual acuidade em CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito como Alternativa Humana*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 287-310.

¹⁵ Dentre os inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal neste sentido, STF - RE 587008 / SP.

As normas de Direito Fundamental podem ser caracterizadas/observadas desde um paradigma liberal, ou seja, normas que imponham uma abstenção do Estado como também sob um paradigma voltado para o Estado material de direito, impondo, assim uma série de prestações positivas elaboradas pelo Estado visando o bem-estar da sociedade. Enfim, podemos compreender as normas de Direitos fundamentais como aquelas que buscam regular as relações essenciais entre Estado e sociedade, de forma a disciplinar o exercício das liberdades e garantias básicas da última em relação ao primeiro, todavia, uma determinada ordem constitucional pode criar normas de Direitos fundamentais atribuídas, ou seja, que por sua natureza não são normas de Direitos fundamentais, mas na manifestação do poder constituinte (originário ou derivado) optou-se por dar *status* de Direito Fundamental a certo conteúdo que normalmente não possui tal natureza¹⁶.

Voltando-nos, agora definitivamente, aos problemas estruturais de uma teoria dos Direitos fundamentais, nos deparamos com um grande tema que é a distinção entre regras e princípios, “essa distinção é a base da teoria da fundamentação do âmbito dos Direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos Direitos fundamentais”¹⁷.

Primeiramente, devemos ter de forma muito clara que regras e princípios são espécies de um mesmo gênero, a norma jurídica, ambas indicam algo que deve ser feito ou observado (estrutura lógica deôntica que operam em face do dever, da permissão e da proibição).

Em geral regras e princípios são definidos em face de sua generalidade ou ainda da importância de certo mandamento num ordenamento jurídico, preferimos enxergar a diferença entre tais normas como de grau e também qualitativa. Podemos afirmar que “no caso das regras, garantam-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*”¹⁸.

Explicando melhor, as regras são estruturas normativas simples que fixam direitos ou obrigações de forma definitiva. Não se pode realizar o conteúdo de uma regra “a meio

¹⁶ Em nossa atual carta constitucional, ao verificar o catálogo de Direitos fundamentais, percebe-se que há inúmeras normas de Direitos fundamentais atribuídas, tais como a liberdade do exercício profissional (art. 5º, XIII), garantia ao direito de herança (art. 5º, XXX), dentre outros.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. ob. cit. p. 85.

¹⁸ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 45. Desta forma, nos filiamos abertamente ao conceito de princípio fixado por Robert Alexy em sua *Theoria der Grundrechte*, em clara oposição ao conceito de princípio fixado por Ronald Dworkin como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma existência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, cf. DWORKIN, Ronald. *O Modelo de Regras I*. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

termo”, ou ela é realizada ou não. Muito feliz é o conceito exposto por Ronald Dworkin ao afirmar que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”¹⁹.

Já os princípios têm uma estrutura totalmente diferente, como eles fixam deveres *prima facie*, não há que se falar em realização definitiva, tal como as regras, mas o ordenamento “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁰.

Dentro da obra de Alexy, é comum afirmar que os princípios são mandamentos de otimização ele quer dizer que os mesmos sejam “realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, isso significa que, entre outras coisas (...) os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, (...) ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de um outro ou de outros princípios”²¹.

Na atualidade, visto o enorme fluxo de literatura jurídica que busca estudar os princípios, poderíamos refletir um pouco sobre a importância dos mesmos para a construção e desenvolvimento do direito na atualidade.

O engrandecimento dos princípios na Ciência Jurídica não aconteceu repentinamente, mas de forma lenta e gradual²², passando de “pauta aberta carecida de concretização”²³ a verdadeiras entidades normativas de alta gradação, e foi acentuada com a decadência do modelo metodológico fixado pelo positivismo jurídico iniciado no primeiro quartel do século XX e acentuada a partir da segunda metade do mesmo.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Modelo de Regras I*. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. *ob. cit.* p. 90.

²¹ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. *ob. cit.* p. 46.

²² Paulo Bonavides localiza três fases do desenvolvimento dos princípios no Direito. A fase jusnaturalista caracterizou-se por uma grande abstração e nulidade normativa, os princípios estariam muito mais conexos à categorias ético-valorativas de ideais de justiça. Foi a concepção mais aceita até as últimas décadas do século XIX. justiça. Foi a concepção mais aceita até as últimas décadas do século XIX. Com a supremacia do positivismo jurídico em fins do século XIX (fase esta preponderante no pensamento jurídico até o início da segunda metade do século XX). Ante a preponderância dos textos legais como mais importante fonte do direito, os princípios ficaram relegados a um plano meramente programático, como fonte jurídica subsidiária, buscando apenas evitar o surgimento de um espaço anômico onde as normas positivas não conseguissem chegar. Ante o fracasso da proposta metodológica do positivismo, surge a terceira e atual fase do desenvolvimento dos princípios jurídicos denominada pós-positivista. De acordo com tal proposta os princípios são dotados de ampla normatividade, sendo os pedestais valorativos sob os quais se erguem todo o sistema jurídico. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 268 e ss.

²³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 235.

Todavia, antes de avançar sobre o detalhamento da ideia de princípios e a diferenciação frente as regras, devemos registrar uma crítica sobre o problema dos princípios na atualidade, em especial aqui no Brasil.

A última manifestação do poder constituinte originário em 1988 inaugurou uma nova abordagem na compreensão do direito constitucional com a inserção de forte base principiológica no texto de nossa Carta Política. Contudo, o que deveria significar um grande progresso no direito constitucional brasileiro – já que fez com que nossa Carta Magna se atualizasse e alinhasse com a tendência axiológica na feitura de Constituições pelo mundo após 1945 – implicou na instauração de um verdadeiro “Estado principiológico” decretado pelo judiciário brasileiro.

As interpretações sem critério plasmadas por magistrados nacionais fizeram surgir teratologias casuísticas onde hoje para qualquer problema existe (ou pode ser inventado) um princípio. Contudo, devemos sempre ter em mente que “o importante não é saber qual a denominação mais correta deste ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual o modo mais seguro de garantir a sua aplicação e sua efetividade”²⁴.

Enfim, encerramos esta rápida digressão crítica com a ideia essencial de que princípios não podem ser criados ao bel prazer do aplicador e intérprete do direito (no caso, o Poder Judiciário), muito mais acertado pensar que eles emergem da dinâmica comunitária e devem ser observado pelo juiz na criação interpretativa do direito, resgatando a ideia de que “quem decide tem que se ajusta aos valores da coletividade ou de círculos determinados”²⁵ da mesma, sendo aos mesmos vetados escolher os princípios que mais lhe agradem como se buscassem um produto numa prateleira de supermercado ou inventá-los de acordo com sua conveniência²⁶.

Retornando à dicotomia entre regras e princípios, ela pode ser mais bem observada ao falarmos dos conflitos normativos, ou seja, o conflito entre regras e a colisão entre princípios.

Ao falar de conflito normativo, não se trata apenas de uma referência de incompatibilidade entre duas normas em concepção abstrata como, por exemplo, o princípio

²⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. ob. cit. p. 24.

²⁵ ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. p. 124. Apud ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 30.

²⁶ Sobre a crítica da infinitude de princípios no direito brasileiro, uma visão interessante é a nós legada em SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Princípio é Preguiça?* In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-305. De forma muito contunde o professor da PUC-SP afirma que vivemos hoje “num ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”.

da igualdade (art. 5º, caput da Constituição Federal) e as ações afirmativas promovidas pelo Estado com o intuito de fomentar alguma situação desejada²⁷. O conflito normativo diz respeito a uma situação extrema em concreto onde a aplicação de cada norma – sejam princípios ou regras – levaria a resultados totalmente contrapostos.

Como já afirmado anteriormente, as regras fixam deveres de forma definitiva, sendo que relativizar os deveres contidos numa regra importaria em desvirtuar a essência de tal categoria normativa, então, como proceder no caso de um concreto conflito entre regras?

Duas soluções se afiguram, há a possibilidade de que a regra preveja situações específicas onde elas não sejam aplicadas (cláusula de exceção, aplicável essencialmente para situações onde a incompatibilidade não seja tão extrema) ou extirpar uma das regras do ordenamento jurídico (plano da validade, aplicável para as situações onde a incompatibilidade seja total e não possa ser superada por meio de uma simples inserção da cláusula de exceção) e o “conceito de validade jurídica não é graduável”²⁸.

Sobre o conflito entre regras, não há maiores implicações em relação aos mesmos. A problemática se desenha mais acentuada ao falarmos de conflitos entre princípios, pois, uma vez que eles fixam deveres (ou direitos) *prima facie*, ou seja, a aplicação dos mesmos dependerá das condições fáticas e jurídicas e muitas vezes os princípios serão recursos interpretativos para a criação e desenvolvimento do direito, sendo impossível declarar um princípio inválido, no máximo, um intérprete pode resolver sobre sua existência não numa ordem jurídica, nunca sobre sua validade ou invalidade, ou seja, como os princípios não possuem a lógica exclusivística das regras os mesmos “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”²⁹.

Analisar a colisão entre princípios é, necessariamente, analisar um caso concreto³⁰, as condições fáticas e jurídicas que envolvem a aplicação dos princípios para poder auferir na prática qual princípio deve possuir precedência em relação a outro visto que por não fixarem deveres ou direitos definitivos, abre-se a possibilidade de que mais de um princípio seja aplicado cumulativamente a uma dada situação, o grande desafio é auferir a questão da precedência que aqui chamaremos de ponderação.

²⁷ É o que Ronald Dworkin denomina de ‘política’, “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Sobre o conceito de política e sua diferença em relação aos princípios, cf. DWORKIN, Ronald. *O Modelo de Regras*. *ob. cit.* p. 36 e ss.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. *ob. cit.* p. 92

²⁹ DWORKIN, Ronald. *O Modelo de Regras I*. *ob. cit.* p. 42.

³⁰ A importância dos princípios no atual desenvolvimento da Ciência Jurídica impõe que necessariamente o direito hoje seja uma ciência prática voltada aos casos concretos e não mais aprisionada na alienação descritiva proposta pelo positivismo jurídico.

Sobre as questões ligadas à precedência, devemos salientar que tais determinações são extremamente dinâmicas e mutáveis, pois o que “ocorre é que um dos princípios tem precedência em do outro sob determinadas condições, sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”³¹.

Afirmar que um princípio tem precedência em relação a outro importa dizer que em determinada situação fática ele terá maior peso do que seu correlato colidente e para auferir essa precedência um princípio sob outro Alexy propõe a formulação do que ele chama de lei geral de colisão.

A lei geral de colisão vem a ser um procedimento objetivo para quantificar a possibilidade de precedência de um princípio em relação a outro em determinada situação concreta por meio do sopesamento, ou seja, verificar – sempre na dimensão do peso – qual princípio terá maior importância para a solução daquele determinado caso concreto.

Ao processo de sopesamento dos princípios colidentes sempre estará correlato à utilização da ‘máxima da proporcionalidade’, ficando bastante claro que “afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais (...) decorre logicamente da natureza dos princípios”³², ou seja, não se pode falar de princípios e resolução de conflitos normativos sem fazer referência expressa à máxima da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um lugar comum na fundamentação das decisões judiciais não só no Brasil e em especial das correlatas à interpretação constitucional. Contudo, o Supremo Tribunal Federal – e, por via de consequência, todas as cortes do país – utilizam tal método interpretativo como um verdadeiro ‘coringa argumentativo’, fazendo menção ao mesmo sem utilizá-lo da forma correta.

Sobre os problemas correlatos ao conceito de proporcionalidade, voltaremos a nos centrar nos mesmos ao falar sobre a restrição a Direitos fundamentais.

2.2. Direitos fundamentais, suporte fático e âmbito de proteção

Superado o ponto de partida da construção de uma teoria geral dos Direitos fundamentais (teoria dos princípios), seguindo o itinerário anteriormente idealizado, é necessário que agora falemos sobre às questões ligadas ao suporte fático dos direitos

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 93.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 116.

fundamentais, conceito este de suma importância quando começarmos a falar sobre as restrições aos direitos fundamentais e o conteúdo essencial dos mesmos.

Agora que sabemos o que são normas de direitos fundamentais e sua formação estrutural (sendo importante dizer que a configuração ideal de um catálogo de direitos fundamentais é um sistema misto entre regras e princípios) a partir de uma teoria dos princípios.

Salientemos que em termos de uma dogmática dos direitos fundamentais, suas normas podem possuir um âmbito negativo e positivo.

O âmbito negativo dirá respeito aos limites que as normas de direitos fundamentais terão, assunto este a ser especificamente abordado ao falarmos das restrições a direitos fundamentais.

O âmbito positivo das normas é representado pela necessidade de saber a delimitação do conteúdo que as normas de direitos fundamentais podem ou devem assumir, ou seja, a extensão da proteção desta mesma norma.

Desta forma, suporte fático e âmbito de proteção dos direitos fundamentais são conceitos essenciais no intuito de auferir a extensão das normas de direitos fundamentais antes de podermos adentrar na temática das restrições aos mesmos.

Sem embargo, uma vez que o foco da presente investigação é o campo específico da restrição aos direitos fundamentais, qual seria a utilidade de falarmos em suporte fático e âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais?

Foi dito anteriormente que o suporte fático e o âmbito de proteção funcionam como a parte reversa – ou contraposta – das limitações a direitos fundamentais, ou seja, a forma de restrição sempre caminhará lado a lado com a delimitação do conteúdo (suporte fático e âmbito de proteção) até porque “as exigências de fundamentação nos casos de restrição a direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por *suporte fático*; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tidas como pacíficas em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação do conceito de suporte fático”³³.

Falaremos primeiramente do que vem a ser suporte fático para só então falarmos sobre o que vem a ser âmbito de proteção que, como o próprio Robert Alexy adverte,

³³ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 68.

dependendo do tipo de normas de direito fundamental a qual nos estejamos referindo, essas expressões podem funcionar como sinônimas ou não.

Apesar de pouco mencionando no direito constitucional brasileiro, o conceito de suporte fático guarda similitude com o de tipo (no direito penal) e de hipótese de incidência (no direito tributário, também conhecido como fato gerador).

É possível falar em suporte fático abstrato e concreto, por abstrato podemos entender “aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”³⁴. O conceito de suporte fático concreto está intimamente ligado ao conceito abstrato agora apresentado, pois busca associar as consequências previstas na norma ao que ocorre concretamente no mundo da vida.

Diferente das normas de direito penal, nas de direitos fundamentais não é tão simples a determinação do suporte fático, sendo necessário determinar não exclusivamente o suporte fático, mas também o âmbito de proteção e intervenção, ou seja: a) o que é protegido, b) contra o que se protege, c) qual a possível consequência jurídica a ser observada e d) o que necessário para que a hipótese abstrata possa ser observada concretamente.

Então, na seara de uma teoria dos direitos fundamentais, como determinar os elementos que compõem o suporte fático?

De forma mais simplificada (e seguindo a fórmula preconizada por Robert Alexy e Martin Borowski), o suporte fático é composto por âmbito de proteção mais intervenção estatal³⁵.

Definir o âmbito de proteção não resta como atividade por demais problemática, pois se pode entender como âmbito de proteção aquela seara temática (estados ou posições jurídicas) abrangida por determinada norma (neste caso, de direito fundamental).

Acontece que a definição concreta de âmbito de proteção vai ser mais complexa, pois o intérprete deverá fazer uma triagem do âmbito temático de tal norma amparada num determinado suporte fático, pois – necessariamente – deve excluir as posições/conduas evidentemente proibidas, por isso que se torna importante num estudo mais detido sobre a questão do suporte fático falarmos de âmbito de proteção amplo e restrito.

³⁴ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 67.

³⁵ Para uma versão alternativa do suporte fático, âmbito de proteção e intervenção estatal, cf. AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. pp. 74-76.

Juntamente ao âmbito de proteção (esfera tutelada pela norma de direito fundamental), se junta o conceito de intervenção estatal para compor o que chamamos de suporte fático.

A presença da intervenção estatal é condição *sine qua non* para que possamos caracterizar o suporte fático de um direito fundamental e entender como possível a consequência jurídica a ele associada. Desta forma, a intervenção estatal seria preenchida quando pudéssemos observar situações nas quais o Estado intervier na liberdade protegida de um indivíduo.

Agora que temos definições sobre os elementos que compõem o suporte fático, é preciso ainda diferenciar o suporte fático existente nos direitos de defesa (liberdades negativas) dos direitos prestacionais.

Nos direitos de defesa, os direitos fundamentais de liberdades básicas, a construção do suporte fático não é algo complicado, pois, em abstrato há o âmbito temático da proteção fixado na norma de direito fundamental e a intervenção estatal sempre será entendida como uma intervenção ilegítima do Estado na liberdade individual do cidadão que, se observada aciona o mecanismo do suporte fático que autoriza a consequência jurídica associada à norma de direito fundamental, ou seja, um direito público e subjetivo do qual o cidadão é titular para exercer contra o Estado no sentido de inibir aquela ação interventiva no âmbito de proteção fixado pela norma.

Contudo, pela estrutura existente nos direitos prestacionais, ou seja, aqueles que exigem uma postura positiva, um *faccere* do Estado em relação aos cidadãos como, por exemplo, os direitos econômicos e sociais³⁶, como falar em intervenção do Estado para a definição do suporte fático ou da ativação da consequência jurídica associada à norma de direito fundamental?

Se o que se pretende num direito a uma prestação é uma ação específica do Estado, não há fundamento para entendermos a ideia de intervenção estatal da mesma forma que entendemos ao analisar o suporte fático dos direitos de defesa, mas, “o que ocorre, nesse âmbito, é a falta de realização dos direitos, decorrente em geral de uma omissão estatal ou de uma ação insuficiente”³⁷.

³⁶ Sobre a estrutura e conceito de direitos prestacionais dentro de uma teoria dos direitos fundamentais, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. *ob. cit.* p. 433-511.

³⁷ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. *ob. cit.* p. 77. Em especial a situação brasileira sobre a implementação dos direitos sociais, temos o constante conflito entre os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível.

Desta forma, o âmbito de proteção dos direitos sociais não seria o direito em si que se busca fomentar por meio da ação estatal, mas sim “composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”³⁸.

Assim sendo, se a âmbito de proteção são as ações estatais que devem ser exercidas para fomentar o direito em questão, a intervenção estatal não será uma intromissão do Estado no âmbito da liberdade individual do cidadão (como entendemos nos direitos de defesa), mas a intervenção neste caso seria uma ação estatal insuficiente ou inexistente para assegurar os fins pretendidos pela norma de direito fundamental e, não havendo o fomento (ou se tal fomento é realizado de maneira insuficiente em relação ao modelo ideal preconizado pela norma de direito fundamental) ficará autorizada a criação de um direito definitivo do cidadão em relação ao Estado para a realização plena de tal direito que se busca fomentar, sendo esta a consequência jurídica que se associa ao suporte fático e à norma de direito fundamental (de natureza prestacional), em outros termos, poderá o indivíduo buscar por meio do procedimento da adequado a realização coativa daquele direito definido no âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental de natureza prestacional.

3. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Como é sabido, a presente investigação tem como âmbito principal uma especificidade das restrições a direitos fundamentais. Contudo, antes de chegar ao cerne do trabalho é necessário visitar ainda um tema caro à teoria geral dos direitos fundamentais, qual seja a ideia da existência de um conteúdo essencial inerente aos mesmos, deixando claro desde já que a existência do conteúdo essencial funciona como um limite à ideia de restrição dos direitos fundamentais, ou como prefere o próprio Alexy, a “a garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições”³⁹.

A ideia de conteúdo essencial liga-se diretamente também com as possíveis restrições a direitos fundamentais. Diferentemente do que se pensa, uma restrição não deve ser vista simplesmente como uma castração do âmbito de certo direito, mas muito mais uma delimitação do alcance de que cada direitos fundamental deve alcançar.

Como vimos anteriormente, uma das teses da fundamentalidade formal que caracterizam os direitos fundamentais é justamente a vinculação direta e imediata dos poderes

³⁸ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 77.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. ob. cit. p. 295 e ss.

públicos⁴⁰, todavia, esta vinculação deve ser muito bem delineada para que não enseje o exercício de direitos de forma ilimitada.

Desta forma, a importância da existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais tem um duplo espectro, de um lado delimita o alcance de um direito fundamental de forma que não se possa pensar numa proteção insuficiente (*untermass*) fornecendo uma vinculação mínima dos poderes públicos que venham a concretizar (executivo e judiciário) ou legislar sobre tais direitos e garantias; e de outro lado, garante que tais direitos não possam ser utilizados como legitimadores de tiranias privadas consubstanciadas no exercício de direitos absolutos.

Assim sendo, devemos ter consciência de que as liberdades e garantias representados pelos direitos fundamentais são passíveis de restrição ou limitação, mas, de outro lado, “é preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas”⁴¹.

Diferente de outras Constituições como, por exemplo, a alemã (art. 19, II da Lei Fundamental de Bonn de 1949⁴²) ou a portuguesa (art. 18, III da Carta Política de 1976⁴³), nossa Carta Política não possui nenhum dispositivo que mencione o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, fato este que condiciona que a proteção de tal elemento seja uma construção essencialmente doutrinária e jurisprudencial na defesa dos direitos fundamentais contra os poderes do legislador que possa tentar pulverizar o conteúdo essencial⁴⁴.

Devemos nos atentar, antes de tudo, que as cortes que interpretam os direitos fundamentais (como é o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil ou o *Bundesverfassungsgericht* na Alemanha, para citar apenas dois) como posições individuais, ou seja, a garantia de um conteúdo essencial mínimo estará diretamente ligada às especificidades de uma dada controvérsia levada ao tribunal, sendo o caso concreto determinante para a aferição se restou como violado ou não o conteúdo essencial de um direito fundamental.

Desta forma, podemos compreender claramente que defender a existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais é, necessariamente, defender a posição de que

⁴⁰ Nesse sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. ob. cit.* p. 379.

⁴¹ MENDES, Gilmar. *et ali. Curso de Direito Constitucional.* 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 314.

⁴² Neste artigo se lê claramente: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.

⁴³ 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.

⁴⁴ Podemos classificar o caso brasileiro como *sui generis*, pois, diferente de outros países onde a doutrina da proteção do conteúdo essencial visava principalmente vincular o poder legislativo e impossibilitar que o mesmo tentasse limitar o conteúdo das normas de direitos fundamentais, no Brasil, a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, apesar de também se direcionar aos atos do poder legislativo, destina-se muito mais à atividade interpretativa do Poder Judiciário que insiste, muitas vezes, em criar interpretações dos direitos fundamentais que vêm a pulverizar totalmente seu conteúdo essencial.

“cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”⁴⁵, sendo esta o que Alexy denomina de teoria absoluta do núcleo essencial, deve-se rejeitar a teoria relativa que identifica núcleo essencial com sopesamento, ou seja, reduz o conteúdo essencial à máxima da proporcionalidade mesmo que da atividade de sopesamento não reste nada de determinado direito fundamental ou o que restou dele seja socialmente irrelevante.

Um exemplo prático que podemos extrair da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais está ligado à análise do princípio da igualdade ou ainda da reserva do possível ao falarmos da implementação dos direitos econômicos e sociais e, mais especificamente do direito à saúde.

Ao falar de princípio da igualdade, sempre podemos adotar duas acepções, a clássica ou formal, ligada diretamente ao conceito liberal-positivista de Estado e material, ligada ao Estado democrático de direito pós-positivista que surge com mais força a partir da segunda metade do século XX.

Segundo a concepção liberal de igualdade, a todos devem ser assegurada igualdade de condições de forma estrita e a forma – por excelência – de assegurar essa igualdade é fazer com que o Estado se abstenha de qualquer ação, como consequência a livre regulação da sociedade garantirá o sucesso daqueles que estiverem mais aptos.

Já a concepção material de igualdade surge como que uma reação aos desvios e deformações que emergem a partir desta concepção liberal de sociedade. Como intuito de desenvolver de forma mais igualitária a sociedade e garantir que cada cidadão tivesse uma parcela mínima de dignidade, ao invés de reservar um tratamento igualitário para cada indivíduo sem distinção (como é típico da concepção liberal), passou-se a compreender que se mostrava necessária uma ação do Estado para tratar desigualmente aquelas pessoas que possuíssem uma condição diferenciada, ou seja, tratar de forma desigual os desiguais e de forma igual os iguais⁴⁶.

Na comparação entre tais posições, onde residiria a proteção do conteúdo essencial como limite dos limites?

A proteção ao conteúdo essencial do princípio da igualdade – que em nossa Carta Política possui *status* de direito fundamental – reside na expressa vedação de tratar de forma

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 298.

⁴⁶ Sobre conceitos de justiça distributiva e igualdade material, dentre todos, cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 322-404. Uma crítica (construtiva, ou seja, no sentido de aprimorar a posição de Rawls) pode ser encontrada em SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011;

desigual aqueles cidadãos que possam estar em condições análogas, sendo liberado o tratamento discriminatório apenas se estivermos perante indivíduos que possuam diferentes condições, fato este que se aferirá no exame do caso concreto, ou seja, mais uma fica clara que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais diz respeito a posições individuais e concretas, não podendo ser totalmente abordadas de forma abstrata.

No entanto, para aferir o conteúdo essencial, sopesar os direitos fundamentais e restringi-los será necessário que se conheça a máxima da proporcionalidade que é a técnica que nos permitirá examinar a delimitação do conteúdo de um direito fundamental e fixar regras de precedência nos casos de colisão entre os mesmos.

3.1. A Máxima da proporcionalidade

Usualmente, costuma-se a falar sobre a proporcionalidade em espaços reservados ao problema das restrições a direitos fundamentais. Contudo, decidimos seguir uma ordem um pouco diferente no presente trabalho. Não obstante falar sobre a máxima da proporcionalidade seja falar essencialmente de restrições de direitos fundamentais, acreditamos na íntima relação entre proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como limite ao exercício do sopesamento (limite imposto às limitações), em razão disto agrupamos o presente item que fala sobre a proporcionalidade no capítulo destinado ao conteúdo essencial ao invés de localizá-lo na parte destinada a falar sobre as restrições, como seria mais intuitivo.

Ao falar de restrição, interpretação e sopesamento de direitos fundamentais, a proporcionalidade é um dos termos mais utilizados. A partir de agora, de forma sucinta, passaremos a abordar a máxima da proporcionalidade e expor como a mesma vem sendo utilizada de forma errônea (especialmente) na jurisprudência brasileira.

A discussão sobre a proporcionalidade não é tão recente como se possa pensar, pois “já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na ideia britânica de *reasinableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* em França e na categoria italiana do *eccesso di potere*”⁴⁷. Contudo, a importância da ideia contida na proporcionalidade tem se modificado nos últimos cinquenta ou sessenta anos (muito desta modificação sendo fruto da práxis jurisprudencial de muitas cortes constitucionais ao redor do mundo), já que de um simples postulado utilizado para constatar excesso de atividade

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 268.

administrativa do Estado, evolui, segundo o próprio Canotilho, para um princípio material de controle das atividades dos poderes públicos.

Saliente-se que além de vinculativo da atividade administrativa (a compreensão clássica da proporcionalidade), ganham destaque também as funções da presente máxima no controle da atividade legislativa e também como verdadeiro *standard* interpretativo na jurisdição constitucional.

Primeiramente, falemos sobre o papel da proporcionalidade no controle da atividade parlamentar, ou seja, o papel preponderante do parlamento em proceder com o manuseio preponderante (mas não exclusivo, tendo em vista os poderes legiferantes limitados do chefe do executivo e outras funções legislativas atípicas exercidas por outros setores da Administração Pública ou do Poder Judiciário) do processo legislativo.

A moderna forma de Estado surgida após a revolução francesa insiste na fórmula já pensada pelos gregos na antiguidade (e em parte apropriada/aprimorada por Montesquieu) na divisão do exercício do poder. Desta forma, o poder legislativo como órgão incumbido da produção legal estatal não pode ser usurpado desta competência por outros poderes, sob pena de desvirtuação da fórmula essencialmente republicana e constitucional da divisão de poderes.

Por mais que não se possa falar em controle de conveniência dos atos legislativos do parlamento, vale ressaltar a importância da necessidade de um controle de legitimidade dos atos deste poder estatal, inexistindo esta forma de controle, abre-se espaço para o desvirtuamento do postulado de Estado constitucional – com mútuo controle dos poderes que exercem os poderes estatais – e a criação de atos normativos elaborados pelo poder legislativo criados sem observância à Constituição ou aos direitos fundamentais, ou seja, mostra-se como função de grande importância “aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos”⁴⁸.

Ante a necessidade de controle da atividade legislativa do Estado, devemos concordar que esta deve ser uma das missões precípua do Poder Judiciário na mesma linha como fixada pelo *Bundesverfassungsgericht* em uma de duas primeiras decisões onde afirma que “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”⁴⁹.

Fixada a necessidade de controle tanto da atividade administrativa quanto da produção legislativa do Estado (e porque não da própria atividade judicante na interpretação das leis e outros atos estatais em conformidade com a Constituição) no intuito de evitar

⁴⁸ MENDES, Gilmar. *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. *ob. cit.*, p. 321.

⁴⁹ BVerGE, 1:15.

excessos/abusos pelos poderes legislativo e executivo (e em alguns casos do próprio judiciário), mostra-se de grande valia o recurso à máxima da proporcionalidade como método de interpretação e desenvolvimento do direito (técnica de sopesamento) para impedir excessos e proteção insuficiente em especial ao falarmos de direitos fundamentais.

O vocábulo *proporcionalidade* encontra-se presente nos mais variados ramos da ciência do direito⁵⁰, cabe a nós esclarecer o sentido a ser utilizado em nosso trabalho.

Ao falarmos de proporcionalidade no Brasil, há uma imensa confusão, muitas vezes entendida como um sinônimo de razoabilidade e, predominantemente, conceituada como princípio em nossa jurisdição constitucional.

Devemos, desde já, recusar nomenclatura da proporcionalidade como um princípio já que, baseado na classificação desenvolvida por Robert Alexy (que é nosso referencial teórico)⁵¹, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que possibilitam aplicação em vários níveis a variar dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ante a impossibilidade de albergar a proporcionalidade como princípio (atitude teórica mais recorrente na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira), em qual espécie normativa poderíamos enquadrar a proporcionalidade?

Fixamos aqui o entendimento de que a proporcionalidade deve ser entendida como regra (até o presente momento vínhamos utilizando a expressão *máxima da proporcionalidade*, tal como usado por Alexy em sua obra sobre direitos fundamentais, o que pode vir a gerar alguma confusão no ambiente brasileiro, uma vez que a expressão máxima, entre nós, muitas vezes encontra-se desprovida de conteúdo normativo), mas não como uma regra qualquer e sim como uma regra especial (que não fixa determinada conduta), que fixa condições definitivas (os elementos que compõem a proporcionalidade) para resolução de alguns problemas normativos e visto que as sub-regras que compõem a proporcionalidade são aplicadas por meio de subsunção⁵², não haveria como enxergar a proporcionalidade de forma diversa do que uma regra.

⁵⁰ No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação de Princípios Jurídicos*. ob. cit. p. 173.

⁵¹ Não obstante a possibilidade de classificação diversa como a de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação de Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 134. Diferentemente de Alexy e seus seguidores (como Borowski e Virgílio Afonso da Silva), Ávila define a proporcionalidade como postulado normativo que seriam normas de segundo grau, ou em suas próprias palavras, os postulados “funcionam diferentemente dos princípios e das regras. Uma porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras”.

⁵² Subsunção é um tipo de lógica na aplicação do direito que, necessariamente, constrói uma decisão judicial a partir da mera aproximação entre o fato e a norma legal, ou seja, leva em consideração apenas o mandamento

Pode-se situar a real origem da regra da proporcionalidade no desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão (BVerGE)⁵³ que situa a aplicação de tal regra mediante decomposição gradual em três sub-regras, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Vale a pena ressaltar que o uso a tais recursos é gradual, ou seja, apenas deve-se utilizar a proporcionalidade em sentido estrito se o exame da adequação e da necessidade não tiverem obtido êxito na resolução do problema de intervenção do Estado do âmbito individual do cidadão, ou seja, as sub-regras possuem entre si uma relação de subsidiariedade. Passemos ao exame individual de tais elementos, sempre imaginando uma situação hipotética de intervenção estatal no âmbito de proteção de um determinado direito fundamental.

Indagar sobre a adequação é necessariamente refletir se a intervenção estatal utilizada para realizar um direito fundamental constitui-se como um meio adequado para “fomentar o objetivo perseguido”⁵⁴ que seria a realização de um direito fundamental. A medida deve ser considerada adequada mesmo que a mesma não consiga promover a eficácia total do meio que se buscou fomentar.

Um segundo momento de decomposição da regra da proporcionalidade implica na análise da necessidade.

Necessidade no sentido da regra da proporcionalidade, não implica em um ato ser urgente ou imediato (tal como se possa entender a partir do direito penal ou civil), mas como um ato estatal que possa vir a limitar determinado direito fundamental no intuito de fomentar certo objetivo e que para se alcançar o mesmo não exista outra medida menos gravosa que possa ser tomada pelo Estado. Necessidade, então, implica na escolha do meio menos gravoso e mais eficiente de intervenção Estatal em determinado direito fundamental.

Por fim, tem lugar a proporcionalidade em sentido estrito, que é a técnica de sopesamento de direitos fundamentais envolvidos num eventual caso que se precise restringir um direito fundamental no intuito de fomentar a eficácia de outro, ou seja, um exame final onde se aferirá se é racional impor restrição a certo direito fundamental com base em uma ação adequada e necessária para fomentar outro direito fundamental, ou seja, é a prática de aferir a dimensão do peso dos direitos fundamentais numa lei geral de colisão.

definitivo fixado na regra, sem ater-se às condições fáticas e jurídicas do caso em exame. Sobre o conceito de subsunção, cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 85; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. ob. cit. p. 215.

⁵³ Sobre a correta gênese da regra da proporcionalidade e sua distinção da razoabilidade, AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. RT 798 (2002), p. 27-31.

⁵⁴ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 170.

Para concluir o tema sobre a regra da proporcionalidade, vale a pena falar sobre rotineiras críticas a este processo de desenvolvimento e aplicação do direito.

Os seus críticos, em geral, defendem que o recurso à regra da proporcionalidade deve restringir-se à utilização da adequação e necessidade, excluindo de tal âmbito o exame da proporcionalidade em sentido estrito sob o argumento de que o uso da mesma abriria as portas para total discricionariedade do intérprete (subjativismo interpretativo) na aplicação dos direitos fundamentais.

Não buscando estender além do necessário a discussão sobre a regra da proporcionalidade e um suposto subjativismo que a técnica de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) possa criar um decisionismo disfarçado, tal tese não se sustenta.

Obviamente tal foco não é o objetivo metodológico do presente trabalho, mas podemos afirmar que, por mais que se busque a completa objetivização do processo interpretativo, ainda restará sempre um espaço subjetivo a ser preenchido discricionariamente pelo próprio intérprete, o que se deve buscar pelo método de sopesamento contido na proporcionalidade em sentido estrito seria a “fixação de alguns parâmetros que possa, aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação”⁵⁵.

O objetivo da técnica de sopesamento não é de criar um espaço onde o juiz possa dizer qualquer coisa sobre tudo, mas criar uma forma de balizamento que condicione o âmbito da ação discricionária no momento em que ela necessite ser usada na interpretação dos direitos fundamentais⁵⁶.

Deve-se ressaltar, ainda, que o exercício da regra da proporcionalidade não é ilimitado, em especial a técnica de sopesamento. Esta se encontra limitada pelo conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo que é vedado ao aplicador o uso da regra da proporcionalidade de forma que aniquile o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁵⁵ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. ob. cit. p. 148.

⁵⁶ Para um melhor desenvolvimento do tema, cf. AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Ponderação e Objetividade na Interpretação Constitucional*. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. ob. cit. p. 363-380.

4. Sobre as restrições a direitos fundamentais

Como já repisado em outros momentos da presente investigação, não se pode conceber da possibilidade de direitos a serem exercidos de forma irrestrita ou ilimitada, independentemente da natureza que esse direito tiver, o exercício de direitos ilimitados acabaria criando outros inúmeros conflitos e a existência deles é justamente o que o direito tenta evitar o remediar.

Esclareça-se, por oportuno, que uma restrição é algo totalmente diverso de uma violação. Restringir implica em adequar o conteúdo de um direito a uma determinada situação, violar significa agir de forma contrária ao conteúdo deste direito, ficando claro que restrição e violação são condutas totalmente diferentes.

Em matéria de direitos fundamentais, compreender o papel das restrições e como devem as mesmas ser feitas é de importância fulcral ante o papel que os direitos fundamentais exercem ao conter o poder de coação do Estado sobre os indivíduos e preconizam as bases normativas da sociedade.

O problema não parece estar situado na possibilidade das restrições, “mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”⁵⁷.

É bastante claro que as restrições são um tema diretamente conexo ao contexto da colisão entre direitos fundamentais, pois esta será a situação fática onde se deverá relativizar um direito fundamental para o exercício mais próximo do ideal de outro.

Ao falar de restrições a direitos fundamentais, temos duas teorias que podem ser utilizadas para a compreensão do tema, uma externa e outra interna.

No âmbito de uma teoria externa da limitação dos direitos fundamentais, temos dois objetos contrapostos, o direito e sua restrição. De um lado encontramos o direito propriamente dito, com esfera ilimitada e de outro, a restrição. Os dois objetos, ao relacionarem-se vão dar origem ao direito restringido.

De forma contrária, na linha da ideia de ‘restrição imanente’, temos a teoria interna, que entende direito fundamental e restrição seriam as duas faces de uma mesma

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 276.

moeda, como se a restrição fosse apenas uma delimitação do conteúdo do direito fundamental. Se seguirmos a orientação de uma teoria interna no âmbito da restrição dos direitos fundamentais, automaticamente ficariam afastadas figuras como as colisões entre direitos fundamentais e a regra da proporcionalidade já que entender direito e restrição como algo pré-determinado seria afirmar que os direitos fundamentais funcionam como regras, ou seja, fixando mandamentos definitivos (lógica do tudo ou nada) e, não podendo afirmar que um catálogo de direitos fundamentais possa ser formado exclusivamente por regras – na verdade, é mais lógico afirmar que se constitui como um sistema misto de regras e princípios – a aceitação de uma teoria interna fica prejudicada, pois, por mais que saibamos da impossibilidade de concepção de qualquer direito de forma ilimitada (aceitando, em parte a ideia de limites imanes), a fixação dos limites de um direito fundamental é preponderantemente externa com a fixação do âmbito de proteção do suporte fático e, mais ainda, por meio da situação concreta que demandar a análise de direitos colidentes.

Para os objetivos do presente trabalho, importa falar apenas sobre as teorias interna e externa, não sendo conveniente falar sobre a teoria institucional de Maurice Hauriou⁵⁸, uma vez que o objetivo primordial é falar sobre as restrições formuladas pelo Poder Judiciário (externas).

Na mesma linha de Alexy⁵⁹, após estabelecer o sentido em que falamos sobre restrições (claramente na senda de uma teoria externa das restrições), devemos nos ater agora ao conceito de restrição e as formas pelas quais a mesma pode ser feita.

Devemos então partir da conceituação feita pelo filósofo do direito germânico e, a partir daí, tentar desenvolver de alguma forma e esclarecer sua posição. O mesmo afirma que restrições a direitos fundamentais “são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”⁶⁰.

Em primeiro lugar, relembremos que o lugar de posituação das normas de direitos fundamentais são dentro da constituição, isso é uma decorrência da tese da fundamentalidade (mais especificamente ao caráter formal da presente tese), então, para que consideremos legítimas as restrições a direitos fundamentais, as mesmas devem ser constitucionais (no sentido de serem plasmadas em acordância com a constituição), não o sendo, no máximo podemos considerá-las como um âmbito da intervenção estatal (que,

⁵⁸ As bases de tal teoria institucional encontra-se delineada no clássico “La Théorie de l’Institution et de la Foundation”.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 281 e ss.

⁶⁰ *Ibidem.*

ocorrendo, pode vir a ativar o suporte fático e a consequência associada a uma norma de direito fundamental que imponha uma ação ou abstenção por parte do Estado).

Outra ressalva a ser feita é sobre as normas de competência (que instituem formas de processo legislativo, mesmo que inseridas dentro da Constituição), as mesmas não importam em restrição a direitos fundamentais propriamente ditas, vez que não possuem uma volição finalística de limitar um direito fundamental em si, mas funcionam como um meio instrumental de alguma outra norma que venha a limitar o direito fundamental em si, mas que necessita do exercício de uma competência legislativa para que tal limite possa ser concretizado, ou nas palavras do próprio Alexy, seu “caráter restritivo é, portanto, apenas potencial e indireto, e se baseia na natureza restritiva das normas que podem ser criadas em razão da competência”⁶¹.

No conceito que trouxemos sobre o que seriam restrições falamos que restrição são normas que se encontram passíveis de criar restrições a direitos fundamentais, afinal de contas, o que podemos entender a partir de tal ideia?

Se claramente a teoria dos princípios encontra-se coligada com a teoria externa da restrição a direitos fundamentais⁶², devemos reconhecer que os limites dos direitos fundamentais não são imanentes, mas devem ser um ato externo à estrutura do direito fundamental em si e, mais precisamente, estes limites são fixados por normas constitucionais que, ao invés de criarem um espectro de liberdade (liberdade aqui entendida tanto em seu aspecto classicamente negativo quanto positivo) para o cidadão, façam justamente o contrário e, retirando-o criem uma “não liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo”⁶³.

Remontando à possibilidade da divisão de normas entre regras e princípios, ao falar que as restrições são normas, esta distinção também é plenamente aplicável ao âmbito das restrições a direitos fundamentais. No tocante às regras, que fixam direitos definitivos, a compreensão de criação de restrições baseadas em regras não criam maiores dificuldades de compreensão. Todavia, ao falarmos de princípios (direitos *prima facie*) a facilidade que encontramos nas regras já não pode ser encontrada e, inclusive pode-se objetar que as restrições a direitos fundamentais não poderiam ser criadas por meio de princípios.

Só podemos afirmar que as restrições por meio de princípios são também possíveis, uma vez que normas colidentes implicam necessariamente na fixação de uma

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 282.

⁶² Sobre tal conexão, cf. AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. ob. cit.* p. 139 (item 4.2.2.1).

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais. ob. cit.* p. 283.

solução concreta para a resolução do problema criado pela colisão e, obrigatoriamente, o resultado desta ponderação importará em uma relativização de um dos princípios colidentes sem na verdade criar direitos (ou obrigações) definitivos, como já era de se esperar ao falarmos de princípios.

Por fim, podemos falar agora sobre os tipos de restrição a direitos fundamentais e, sobre isso, por ser uma classificação bastante técnica não encontramos muitas dificuldades.

Podemos, tal como Alexy, situar as restrições a direitos fundamentais como as diretamente constitucionais, aquelas fixadas no próprio texto da Constituição (se tivermos a Carta Política brasileira como paradigma, podemos situar a função social da propriedade como uma espécie de restrição direta); as indiretamente constitucionais, quando o texto constitucional remete ao legislador ordinário o dever de elaboração de normas que venham a restringir determinado direito fundamental (por exemplo, quando nosso texto constitucional estabelece no art. 5º, XXXII que o Estado proverá a defesa do consumidor, na forma da lei. Por meio deste dispositivo o legislador constitucional criou uma competência que resultou na criação da lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que criou um extenso sistema de proteção ao polo hipossuficiente da relação de consumo e limitou substancialmente a liberdade dos agentes econômicos que ocupam o outro lado da relação consumerista). Por fim, podemos situar também outra espécie de restrições a direitos fundamentais (que será objeto específico do próximo capítulo) não mencionada por Alexy que são as restrições judiciais que os membros do Poder Judiciário realizam ao interpretarem o direito e, em especial resolvem problemas judiciais relacionados aos direitos fundamentais.

5. As restrições judiciais aos direitos fundamentais e sua fundamentação

Até agora nos empenhamos na exposição das estruturas mais básicas de uma teoria dos direitos fundamentais. Não falamos sobre todos os temas mais importantes pois, se analisarmos bem, faltaram alguns temas primordiais tais como a eficácia perante terceiros também chamado de efeito horizontal dos direitos fundamentais (muito fecundo na jurisprudência das cortes constitucionais, inclusive brasileira), a tese da irradiação, *status* e direitos fundamentais (análise baseada na teoria do *status* de Georg Jellinek), todavia, buscamos abordar os temas que seriam mais úteis para uma compreensão mínima do tema central da presente investigação que se descortina no presente capítulo: as restrições judiciais a direitos fundamentais, a explícita falta de fundamentação nas decisões que impõem restrições na práxis jurisprudencial brasileira e a importância de uma teoria da argumentação

jurídica para solucionar os problemas que afetam a construção de um sistema judicial de restrições a direitos fundamentais com o devido alicerce racional.

5.1. Decisões judiciais e o dever de fundamentação

Uma característica inerente às decisões judiciais é a sua estrita necessidade de fundamentação. Mais do que uma simples fundamentação, “as decisões dos juízes devem basear-se em argumentações racionais”⁶⁴.

Afirmar que as argumentações construídas no âmbito de uma decisão judicial devem ser racionais importa em dizer que um magistrado não pode dizer ‘tudo sobre qualquer coisa’, ou seja, há certos aspectos limitadores na construção de seus argumentos ao dar solução a um conflito concreto.

Qual seria a importância prática da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e, mais especificamente, a repercussão deste mandamento (que em nossa Carta Política tem status de norma constitucional) na interpretação dos direitos fundamentais?

Para que possamos apreender o significado mais preciso de ideia (ou necessidade) de racionalidade no direito, devemos perfazer uma análise retrospectiva sobre a consolidação do direito como um sistema de natureza científica ocorrido no limiar da idade moderna.

Podemos situar o direito como um saber prático⁶⁵ e, como uma das unidades do saber prático que emergiram na modernidade, o direito (agir jurídico, juntamente com o agir ético e o agir político) pode ser descrito com a seguinte propriedade: “que o dever-ser que se exprime em uma diretiva ou norma de ação (ou do agir) era construído sobre princípios realtivos ao ser, sobre uma ontologia racional”⁶⁶, dizer isto seria o mesmo que afirmar que a concepção de direito passa necessariamente pela de racionalidade, ou seja, que toda e qualquer fundamentação de algo produzido pela cultura humana deva ter um fundamento racional, ou nas palavras ainda de Raffaele de Giorgi, o sistema jurídico surgido da

⁶⁴ BVerGE 34, 269 (287). Resolução de desenvolvimento do direito. In: ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 2ª ed, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 19.

⁶⁵ Sobre a visão do direito como um saber prático, este entendimento não é recente, pois já no século XIX Ihering afirmava que “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é demais do que um fantasma do direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito”. IHERING, Rudolf von. *L’Esprit du Droit Romain*. p. 16. Apud: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I. ob. cit.* p. 12.

⁶⁶ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: Critica della Epistemologia Giuridica Tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p. 9.

modernidade emerge com a pretensão de ser “o direito da razão, como a normatividade implícita no postulado da universalidade da razão”⁶⁷.

Refletindo rapidamente sobre a fundamentação e o direito, vemos que a importância da primeira em relação ao segundo é que ambos convergem para o fenômeno da racionalidade e estão tão imbricados que separá-los resultaria numa crise do conceito de direito, pois, se não podermos contar com a fundamentação racional para a compreensão e desenvolvimento da ciência jurídica, não poderíamos falar sequer em segurança e confiança, ideias tão caras ao direito que, se ausentes, não despertariam fé capaz da sociedade confiar ao direito a resolução dos conflitos sociais.

A partir da compreensão do direito necessariamente como fruto da racionalidade humana, podemos falar sobre a função judicial e o fundamento de suas decisões.

Como já dito em momentos anteriores, a modernidade notabiliza-se, em âmbito político, pela tripartição efetiva do exercício do poder estatal entre o executivo, o parlamento e o judiciário, cabendo a este último a solução dos conflitos que emergem da interação sócio-comunitária.

Sabe-se que a última palavra no que diz respeito à interpretação do direito (inclusive a da Constituição) cabe ao Poder Judiciário que, por mais que não tenha competências legiferantes, pode anular leis e atos das outras duas esferas do Estado (executivo e legislativo). Contudo, um poder tão amplo de revisão quase que geral (não nos esqueçamos da impossibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo) não pode escapar a alguma forma de limitação, pois como é típico no Estado democrático, não se concebe o exercício de poder sem alguma forma de controle.

Aí que entra a necessidade da fundamentação das decisões judiciais. Se o conflito interpartes é finalizado por meio de uma decisão judicial que se atenha ao mérito do fato litigioso, a mesma deve ter sólidos fundamentos para que possa ser aceita entre as partes que ocupam as posições de litigantes dentro de uma relação processual.

Daí que entra a questão da legitimidade das decisões judiciais. Não se mostra suficiente para que consideremos uma decisão judicial legítima que ela simplesmente seja emanada de um órgão judicial do Estado e tenha cumprido certo procedimento⁶⁸, é preciso muito mais do que o simples cumprimento de requisitos formais para que uma decisão judicial possa ser considerada legítima.

⁶⁷ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: Critica della Epistemologia Giuridica da Kelsen a Luhmann. ob. cit.* p. 13.

⁶⁸ Uma posição totalmente contrária à exposta em nosso trabalho pode ser conferida em LUHMANN, Niklas. *A Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980.

Defendemos aqui o posicionamento de que um dos pontos cruciais da legitimação das decisões judiciais é a que as mesmas tenham como alicerce argumentos racionais.

Além do fator de legitimação da fundamentação racional das decisões judiciais, entre em cena também a dimensão política da necessidade de que uma disposição que ponha fim a um litígio, ou esclareça um ponto da interpretação do direito, tenha fundamentos racionais, afinal, como controlar uma decisão se ela não se basear em argumentos jurídicos ou valores que a coletividade considera importantes? Abrir a possibilidade de que uma decisão judicial seja fundamentada por quaisquer valores (decisões conforme a consciência do julgador) seria ir em direção diametralmente oposta com a própria ideia de Estado constitucional – que busca disciplinar o exercício do poder político de forma normativa – pois substitui os poderes ilimitados do executivo (soberano) pelos poderes sem controle do magistrado, tornando a ordem jurídica uma existência sem sentido⁶⁹.

Em termos de direito positivo brasileiro, nosso constituinte andou bem ao contemplar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sendo a ausência de fundamento nas mesmas uma ofensa à nossa Lei Maior que impende a necessidade de anulação da sentença, mas, refletindo de forma mais detida, a ausência de fundamentação não seria apenas uma ofensa à Constituição, mas retiraria o próprio substrato do direito ao retirar a racionalidade da função jurídica mais típica: o exercício da jurisdição.

5.2. As restrições judiciais a direitos fundamentais

Ao falarmos de restrições a direitos fundamentais, referimo-nos ao que Alexy chama de restrições diretamente e indiretamente constitucionais, contudo, fomos além destas duas formas de restrições mencionadas pelo filósofo do direito alemão e falamos sobre uma terceira forma de restrição a direitos fundamentais que é a restrição judicial, que não é direta nem indiretamente constitucional.

As restrições constitucionalmente diretas ou indiretas decorrem do próprio regime constitucional ou do sistema de competências definidas no direito constitucional organizatório⁷⁰, são restrições implícitas ao próprio processo legislativo, diferentemente do terceiro tipo de restrição que aqui elencamos (que foi aparentemente esquecida por Alexy em

⁶⁹ Como advertência, que já foi explicitada anteriormente, para os termos de nosso trabalho, não há identidade entre o direito e a norma positiva.

⁷⁰ Quando falamos de direito constitucional organizatório, referimo-nos à parte da Constituição que trata do sistema de competências legislativas e a estrutura do Estado.

sua teoria dos direitos fundamentais) que decorre da própria interpretação e desenvolvimento do direito.

Sabe-se que o Poder Judiciário não tem a prerrogativa de legislar, mas sua palavra é sempre a última em matéria de interpretação do direito e, em matéria de direitos fundamentais a questão da interpretação é muito importante, pois a construção dos direitos fundamentais passa muito pela ideia de posições subjetivas e também, se consideramos os direitos fundamentais como princípios, seu real conteúdo apenas será delimitado com o exame das condições fáticas de um dado caso concreto, exame este que apenas poderá ser realizado pelo Poder Judiciário.

Desta forma, percebe-se que mais ainda – em matéria de direitos fundamentais – o judiciário exerce um papel preponderante na delimitação e interpretação do conteúdo do direito, exercendo o magistrado um papel criador do direito e não apenas descritivo, uma vez que o processo de autonomização entre lei e direito impõe que a positividade seja apenas o passo inicial para entendermos a jurisdição como sede criação do direito e compreensão de sentidos normativos⁷¹.

Então, de acordo com o que temos defendido até o presente momento é cabe o magistrado possui um papel especial, pois ele será a figura preponderante na restrição/delimitação de conteúdo dos direitos fundamentais, papel este que inicialmente apenas é exercido pelo parlamento, mas que a prática dos direitos fundamentais impõe a existência de uma especialização na delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais, algo mais prático que possa resolver os problemas comunitários de forma mais ágil do que o processo legislativo, ou seja, a jurisdição.

Acontece que em termos jurídico-normativos, nada pode ser feito de forma não fundamentada, ou seja, o direito sendo um fruto direto da racionalidade humana, impõe a fundamentação racional de todas as ações humanas.

O grande problema é que o dever de fundamentação, ínsito à ideia de direito como já afirmado anteriormente, muitas vezes não é observado no exercício da jurisdição, o que leva muitas vezes ao nascimento de decisões judiciais desprovidas de fundamento racional, onde os membros do Poder Judiciário decidem com base em suas opiniões e crenças pessoais

⁷¹ Sobre a função criadora da jurisdição na atualidade, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. ob. cit.* Do mesmo autor, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I. ob. cit.* Também sobre a compreensão do texto legal como passo inicial (e não único) para a dedução de normas jurídicas (função criadora da jurisdição), mas sob um enfoque diverso, cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação de Princípios Jurídicos. ob. cit.*

(o que usualmente é denominado ativismo), o que nas maiorias das vezes entrará em conflitos com os valores/ideias fundantes (ou vistas como importantes) do círculo comunitário do qual o magistrado faz parte, fato este que não pode ocorrer, pois as decisões da magistratura sempre devem ater-se ao círculo comunitário no qual está inserida, sob pena de degeneração da função concreta (ou prática) do judiciário.

Por fim, vemos como necessária a atuação judicial para a mais concreta delimitação das restrições a direitos fundamentais, mas para que este procedimento siga um *iter* correto, a delimitação dos direitos fundamentais pela via prático-judicativa é estritamente necessária, sendo que não seguir o caminho da fundamentação torna os direitos fundamentais não instrumentos de defesa ou fomentadores do desenvolvimento da cidadania, mas simples normas sem importância.

Daí que para a correta fundamentação das restrições a direitos fundamentais invocamos a autoridade de uma teoria da argumentação, pois é apenas por meio de um processo argumentativo de bases racionais que se pode construir a necessária fundamentação que possa criar um seguro sistema controlável para a restrição a direitos fundamentais.

6. A Teoria da argumentação jurídica e sua importância nas restrições a direitos fundamentais

Para os fins elegidos na presente investigação, restringir-nos-emos a falar da teoria da argumentação jurídica construída por Robert Alexy em fins dos anos 70⁷² inspirado na prática jurisdicional do *Bundesverfassungsgericht* da então República Federal da Alemanha.

Para Alexy, o importante é analisar as decisões judiciais, localizar seus problemas essenciais (a falta de fundamentação) e buscar soluções práticas para os mesmos, uma vez que a falta de fundamentação das decisões acentuam o problema da legitimidade das decisões judiciais, como já referido anteriormente.

Ao falarmos de uma decisão judicial, pode-se afirmar que a mesma “põe fim a uma disputa jurídica, exprimível em um enunciado jurídico singular”⁷³, o problema se

⁷² A obra de Alexy conhecida como *Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* foi concebida originalmente em 1976 como sua tese de doutorado na Georg-August-Universität zu Göttingen e editada posteriormente (1978 com reedição de 1983), permanecendo ainda hoje como uma de suas obras mais emblemáticas ao lado da já referida teoria dos direitos fundamentais.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. *ob. cit.* p. 23.

avizinha quando de tal decisão não é possível observar uma lógica racional e a decisão que visa a encerrar um conflito é desprovida de fundamentação racional.

Mas, quais seriam (segundo Alexy) os motivos essenciais da falta de fundamentação das decisões judiciais?

Segundo o filósofo do direito alemão, seriam ao menos quatro motivos essenciais da falta de fundamentação das decisões: “(1) a vagueza da linguagem jurídica; (2) a possibilidade de conflitos entre normas; (3) o fato de que sejam possíveis casos que necessitem de uma regulação jurídica específica, mas que não exista uma norma vigente; (4) a possibilidade de decidir contra o teor literal da uma norma em casos especiais”⁷⁴.

Com esta breve exposição já é possível perceber a importância da ideia do direito como um discurso normativo, ou seja, um discurso necessariamente fundamentado que se desenvolva sob certas limitações ou premissas iniciais das quais não se pode afastar, em razão disto, dentro da teoria do discurso, o direito é visto como uma modalidade de discurso prático geral.

A necessidade de fundamentação impõe que não se possa dizer ‘tudo sobre qualquer coisa’, mas sempre que o judiciário for instado (uma vez que o mesmo é inerte e deverá mobilizar apenas após provocação dos interessados) deve procurar fundamentos racionais para qualquer decisão e tais fundamentos apenas podem ser obtidos por meio do desenvolvimento de um discurso construído – necessariamente – sob quatro pontos limitadores: (1) sujeição à lei, (2) precedentes, (3) adequação à dogmática jurídica e (4) adequação procedimental, segundo o próprio Alexy, o discurso jurídico apenas será possível se o mesmo for racionalmente fundamentado sob as premissas do discurso jurídico, ou seja, fora dessas condições não será possível construir um discurso jurídico, pelo menos não a modalidade de discurso jurídico plasmado sob bases racionais, em outras palavras, um discurso logicamente coerente (caráter formal da argumentação jurídica) e com pretensão de correção (caráter material da argumentação jurídica, onde se analisará questões ligadas ao conteúdo da argumentação).

Temos que ter em mente, ainda, que para melhor entender a argumentação jurídica como um tipo particular de discurso prático geral, deve-se levar em consideração a sua mais particular peculiaridade: “a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculatoriedade (...) ao direito vigente”⁷⁵, esta característica deve ser considerada, independentemente do papel que se atribua ao direito positivo, não obstante o reconhecimento

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. ob. cit. p. 23.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. ob. cit. p. 206.

de que *jus* e *Lex* na atualidade se separaram de forma inconciliável que a ideia de direito não encontra total correspondência na lei posta pelo Estado e que a criação do primeiro encontra-se muito mais conectada à uma função prática da jurisdição como forma criadora, é necessária uma positividade mínima no intuito de balizar e delimitar a atividade do magistrado.

Ainda sobre nossa superficial (visto o objetivo da investigação), podemos localizar o ponto essencial da justificação racional da argumentação jurídica em dois aspectos deste discurso: a justificação interna e a justificação externa.

A justificação interna coliga-se com um processo de lógica formal dentro da própria decisão, com a verificação de se a decisão segue logicamente as premissas apontadas como fundamentação, ou seja, a verificação interna consiste num processo lógico para conferir se os fundamentos estão em consonância/coerência com a conclusão (conteúdo decisório em si) apontada pela decisão (ou, falando em termos de sistema processual brasileiro, se a fundamentação está de acordo com o dispositivo da sentença) no intuito de detectar alguma contradição lógica.

A justificação externa diz respeito à ideia de pretensão de correção que deve permear o discurso jurídico e quando falamos de pretensão de correção, não se deve ter em vista a correção formal (que é o objetivo da justificação interna por meio da regra da lógica aristotélica da não contradição), mas sim a ideia de justiça material dos conteúdos presentes em determinado discurso jurídico.

Uma vez que superamos alguns pontos básicos da teoria da argumentação desenvolvida por Alexy, podemos partir para o ponto essencial deste capítulo e da presente investigação: qual a importância de se ter em mente a teoria da argumentação ao falarmos de restrições judiciais a direitos fundamentais?

No Brasil a práxis judicante – especialmente no tocante à interpretação e limitação dos direitos fundamentais – encontra-se relativamente limitada pelo forte caráter positivista ainda enraizado na formação do jurista brasileiro e, em especial, do magistrado, o que acaba influenciando negativamente o exercício do mister judicativo.

Na prática, os membros do Poder Judiciário entendem apenas parcialmente os rasgos essenciais da teoria dos direitos fundamentais, mas essa apreensão foi tão somente parcial com relativa distorção de alguns pontos essenciais de tal teoria⁷⁶.

⁷⁶ Uma exposição simples e prática de nosso posicionamento pode ser vislumbrada no bom e bem-humorado texto de George Marmalstein Lima *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>.

Na prática, a maioria dos magistrados não ignora que os direitos fundamentais podem ser regras ou princípios, que os primeiros são mandamentos definitivos e os segundo são direitos *prima facie*.

A dificuldade reside no momento de utilizar estas definições na prática e, em especial, restringir os direitos fundamentais nos casos de colisões.

É comum encontrar decisões que, em vista da preponderância de normas principiológicas em nosso catálogo de direitos fundamentais, em decorrência da abertura semântica dos princípios, acaba-se argumentando de forma subjetiva e muitas vezes irracional.

Nas restrições a direitos fundamentais, deve-se sempre buscar a construção de um discurso coerente e de bases racionais, fato este que impende à objetividade da argumentação, fato este que em muitas vezes não é observado, visto que o processo argumentativo para a fundamentação das decisões não é objetivo nem racional.

O simples fato de um direito fundamental constituir uma norma principiológica, não implica que possa construir qualquer argumento e o mesmo será válido para limitar tal direito fundamental. A restrição a um direito fundamental deve ser um processo bem conduzido em razão da importância que os mesmos possuem na estrutura de uma ordem jurídica tanto sob o prisma formal quanto material, por isso que se faz necessária uma robusta fundamentação racional e objetiva, fato que quase sempre nunca é observado na prática judicante brasileira.

7. Considerações finais

Chega o momento de apresentar as conclusões do presente trabalho de investigação.

Objetivamos inicialmente a falar sobre as linhas mestras de uma teoria dos direitos fundamentais como apontadas por Robert Alexy em sua obra homônima, todavia, sem nos ater a todos os pontos que examina, mas tão somente aqueles que seriam de mais valia aos objetivos da pesquisa.

A partir dos delineamentos de uma teoria dos direitos fundamentais iniciamos uma reflexão sobre a restrição aos mesmos e alguns equívocos relacionados à ideia de restrição, em especial a regra da proporcionalidade que, diferente do que muitos autores apontam (erro repetido constantemente pela jurisprudência) não é um princípio.

Por fim, ao refletir sobre a teoria da argumentação chegamos ao ponto essencial da investigação, a mesma é um recurso essencial para que possamos obter na prática um sistema judicial de restrições a direitos fundamentais com justificação racional.

A partir do momento em que recorremos às ideias de justificação interna e externa passamos à criação de um discurso jurídico fundado em bases racionais, pois há preocupação tanto com o caráter lógico do discurso (correção interna) quanto cuidados com a pretensão de correção e justiça dos enunciados, ou seja, o caráter de justiça material que deve permear o discurso jurídico e não apenas a correção formal.

Como conclusão mais aparente de nossa investigação podemos apontar a partir de agora.

Em primeiro lugar, percebe-se que a prática judicativa brasileira (em especial nas instâncias inferiores) desconhecem algumas das regras mais básicas tanto no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais e às regras de argumentação racional, o que desanda na criação de um decisionismo judicial fundado de subjetivismo do órgão do poder judiciário que deveria agir da forma mais objetiva possível.

Num segundo momento enxergamos de forma clara a necessidade de recorrer à objetividade nos casos concretos que envolvam restrições a direitos fundamentais no intuito de encerrar a postura não recomendável de juízes que possam dizer tudo sobre qualquer coisa de forma subjetiva e, como sabemos, onde há subjetivismo, há também dificuldades de controle institucional.

Por fim, localizamos a possibilidade da teoria da argumentação como um instrumento de muita valia no intuito de trazer a objetividade e racionalidade para a prática judicante brasileira, em especial no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais, visto sua importância para a sociedade.

O que apresentamos aqui não é uma resposta definitiva para os problemas de falta de fundamentação das decisões judiciais, contudo, buscamos algumas respostas que acreditamos ser coerentes para a resolução de um problema prático da jurisdição: a falta de fundamentação nas decisões judiciais que versam sobre restrição a direitos fundamentais.

8. Referências

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *Direitos fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Proporcional e o Razoável*. RT 798 (2002): 23-50.

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- ÁGUILA, Rafael del. *La Senda del Mal: Política y Razón de Estado*. Madrid: Taurus, 2000.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. 2ª ed, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- _____. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros: 2008.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Introdução ao Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. CAMPOS BARROS, Vinícius Soares, *Novo Manual de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Fábio Martins. *As Cláusulas Pétreas como Instrumentos de Proteção dos Direitos fundamentais*. In: **Revista de Informação Legislativa**, (181): 207-226, Brasília: Sesetec, jan/mar 2009.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. In: **Revista de Direito Administrativo**, (215):151-179, Rio de Janeiro, Renovar, jan./mar. 1999.
- _____. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação de Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política Vol. II*. 13ª ed, Brasília: UNB, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed, São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. *Teoria do Estado*. 6ª ed, São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRAVO, Ramón Campderrich. *La Palabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *Estudos Sobre Direitos fundamentais*. 2ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** n. LXXIV, 1998.

_____. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: Critica della Espistemologia Giuridica Tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

_____. *O Risco na Sociedade Contemporânea*. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, Mar./Jun. 2008, v. 9, n. 1 p. 37-49.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed, São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime: Coletânea de Textos*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar. *et ali. Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 314.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura: Desde los Comienzos del Pensamiento Moderno de la Soberanía hasta la Lucha de Classes Proletaria*. Madrid: Alianza, 2007.

_____. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.