

A REDUÇÃO DOS CRITÉRIOS MATERIAIS DE LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THE REDUCTION OF MATERIALS CRITERIA FOR LIMITING FUNDAMENTAL RIGHTS TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Sérgio Roberto Maluf*

*Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.
São dotadas de razão e consciência e devem agir
em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*
(Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, 1948)

RESUMO

Um direito fundamental pode sofrer limitação (do seu conteúdo) e consequente restrição (do seu exercício) mediante ações do legislador, atuando em busca de um limite externo explícito, não ditado diretamente no texto constitucional, mas por ele autorizado (*limite dos limites*). Critérios materiais são necessários para que se determine uma limitação ou restrição: justificação constitucional, preservação do núcleo essencial e observância de proporcionalidade. A análise pretende demonstrar uma possível redução dos dois primeiros critérios ao critério único da proporcionalidade, posto que passível justificação de constitucionalidade e, observadas as teorias existentes, preservar o núcleo essencial em sua essência mediante demonstração de necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim.

Palavras-chave: Direito fundamental; Teoria externa; Teoria interna; Teoria relativa; Teoria absoluta; Limitação; Restrição.

* Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Correspondência para / *Correspondence to:* Av. Sete de Setembro, 4214, cj. 1606, Batel, 80250-210, Curitiba-PR. E-mail: maluf@maluf.adv.br.

ABSTRACT

A fundamental right may be limiting (its contents) and consequent be restricted (its exercise) by the legislature actions, acting in pursuit of an explicit outer limit, not dictation directly into the constitutional text but with its permission (limit of limits). Materials criteria are needed to determine whether a limitation or restriction: constitutional grounds, preserving the essential core and observed the proportionality. The analysis seeks to demonstrate a possible reduction of the first two criteria to the single criterion of proportionality, as likely reasons for constitutionality, and found existing theories, preserving the core element in its essence through demonstration of necessity, reasonableness and adequacy middle-order.

Keywords: Fundamental right; External theory; Internal theory; Relative theory; Absolute theory; Limitation; Restriction.

INTRODUÇÃO

Se o conteúdo dos direitos fundamentais pode ser discutido pelas teorias absoluta e relativa, a atividade de restrição (do exercício) ou limitação (do conteúdo)¹ daqueles direitos é discutida pelas teorias interna e externa. A teoria interna prega a não limitação dos direitos fundamentais, sendo contrária, pois, a qualquer intervenção (e consequente imposição de limites). O conteúdo do direito fundamental é definido, segundo aquela teoria, desde seu início (os limites não são, assim, elementos externos ao conteúdo dos direitos, e qualquer fixação de elementos negativos seria mera ação declaratória, existindo “apenas e tão somente uma realidade que é o direito com um determinado conteúdo”²). Os defensores da teoria interna então não admitem qualquer possibilidade de restrição, já que tal seria uma “diminuição de seu conteúdo”³.

Já a teoria externa, de forma oposta, anota diferença entre conteúdo e restrições (que são elementos externos), sendo restringido não o conteúdo do direito em si, mas, sim, “sua proteção que se qualifica como um bem (*bem de proteção*)”⁴. O âmbito de proteção do direito fundamental não é idêntico ao âmbito de proteção

¹ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78. O autor relaciona diferença entre limitação e restrição: “limites, no caso, se atribuem ao que a doutrina convencionou chamar limites imanentes, enquanto restrições é expressão reservada àquelas delimitações ao conteúdo inicialmente dada pela norma constitucional ao direito fundamental, por ação posterior de norma ordinária ou constitucional contemporânea”. Em outro ponto: “teorias que admitem a aposição *a posteriori* de limites ao conteúdo, ou restrições ao exercício dos direitos fundamentais...” (p. 148).

² *Ibid.*, p. 81.

³ *Ibid.*, p. 82.

⁴ *Ibid.*, p. 142.

efetivo⁵. Os fatores de motivação – e aí bem definida é a teoria como uma teoria liberal – são a liberdade e a propriedade, direitos anteriores ao próprio Estado. Eventuais intervenções (ainda alinhado ao pensamento liberal que determina direitos fundamentais como direitos de oposição do Estado e alçam a lei – e o Parlamento – a grau superior), caracterizadoras de uma “limitação ou restrição devem se dar através de lei em sentido formal e material, passível de sindicabilidade quanto à sua adequação à previsão constitucional de reserva legal”⁶.

Em apertada síntese temos que a limitação (do conteúdo) ou a restrição (do exercício) pode ser interna (definida diretamente no Texto Constitucional) ou externa (não definida na Constituição). Na primeira, interna, podemos ter limitação explícita (com anotação expressa) ou implícita (não expressamente referida – ao que os teóricos denominam *limites imanes*). Igual sorte tem a limitação externa, que pode ser explícita (definida pela base teórica como um *limite dos limites*) ou implícita.

Para fixação importa exemplificar: quando a Constituição, em seu art. 5º, inciso IV, diz que “*é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato*”, determina, desde já, um limite (de conteúdo) ao direito fundamental de manifestação livre do pensamento. Há, para esse caso, uma limitação interna (disposta no próprio Texto Constitucional) e explícita (com anotação expressa no teor da norma constitucional). Os limites internos, implícitos, ou *limites imanes*, por sua vez, serão decorrentes da dimensão objetiva de outro direito fundamental (a liberdade de expressão, por exemplo, vai até o limite do direito à privacidade de outrem). São momentos em que a Constituição não referencia, explicitamente, uma limitação (apesar de tal poder ser extraído do conjunto constitucional).

Fixado esse grupo dos limites internos, passamos a considerar os limites externos (não definidos na Constituição). Os limites externos implícitos permitem uma restrição sem que exista qualquer autorização para tal (o legislador ordinário poderia estabelecer limites imanes, fundados na dimensão objetiva dos direitos).

Entretanto – é tema que mais se apegamos ao estudo proposto – temos o *limite dos limites*. A Constituição assim estabelece no art. 5º, inciso XIII: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. É claro que o exemplo citado traz em seu bojo um *limite dos limites*, ou seja, uma faculdade concedida ao legislador ordinário para que imponha restrição ao direito fundamental do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. É dizer: a restrição é autorizada expressamente pelo Texto Constitucional.

⁵ FREITAS, 2007, p. 138.

⁶ Ibid., p. 139.

Dentre os requisitos para a atividade de restrição da forma última demonstrada (*limite dos limites*), despontam aqueles formais (legalidade, reserva do parlamento e lei em sentido formal e material) e outros materiais (justificação constitucional, preservação do núcleo essencial e proporcionalidade).

A abordagem irá buscar sopesar a proporcionalidade, enquanto requisito material da atividade de restrição de um direito fundamental pelo legislador ordinário, notadamente quando importa – sob aquele aspecto material – considerar também as funções da justificação constitucional (ou fundamentação) e da preservação do núcleo fundamental. O questionamento, de forma mais precisa, busca aclarar se o requisito material será reduzido, sempre, a critérios de proporcionalidade, presentes que estariam em possíveis ponderações da justificação e da preservação do núcleo essencial.

RESERVA LEGAL

Se os limites estão definidos na própria norma constitucional, se nos apresentam os limites internos, responsáveis pela anotação à atividade de limitação:

Deles se deve dizer, ainda, cuidarem-se especificamente de limites, e não de restrições, de vez que têm delimitado normativamente o âmbito de proteção em relação a determinadas hipóteses fáticas que vêm expressamente previstas⁷.

128

Interessam-nos, porém, aqueles outros, não previstos na norma, notadamente os que a própria Constituição determina ser tarefa do legislador ordinário sua definição.

Compreendidos em viés diferente daqueles limites internos (imanescentes ou explicitamente determinados pela Constituição), os limites externos expressos têm *autorização* constitucional para que o legislador infraconstitucional efetue uma limitação (de seu conteúdo) ou restrição (do seu exercício), por meio de reserva legal (simples ou qualificada) ditada pela norma constitucional⁸.

A reserva legal simples permite ao legislador ordinário, em momento posterior à instituição do direito fundamental, estabelecer-lhe limitação, diminuindo “o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como prefigurado na norma fundamental, sem, todavia, acrescer a tal autorização qualquer espécie de delimitação”⁹, sem que exista também, a partir da norma constitucional, qualquer mandamento para que se atinja um fim específico ou que se obedeça uma forma

⁷ FREITAS, 2007, p. 144.

⁸ Ibid., p. 145.

⁹ Ibid., p. 163.

A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

predefinida (consoante as determinações do art. 5º, II, da Constituição). São exemplos de reserva legal simples, entre outros, os incisos VI, VII e XV do art. 5º.

Outros casos há em que encontrará o legislador infraconstitucional uma reserva legal qualificada, estabelecendo condições especiais traduzidas em objetivos a serem atingidos ou as formas (ou meios) de que se pode valer para tal. Há, então, imposição de vinculação ao legislador:

o que caracteriza e distingue a reserva de lei qualificada é a circunstância de que a norma constitucional, assim como autoriza a restrição, condiciona seu estabelecimento ao exigir sejam atingidos determinados pressupostos ou perseguidos determinados objetivos¹⁰.

Para a reserva legal qualificada, diferentemente daquela reserva simples (na qual o legislador tem “aparente” liberdade para imposição de limites ou restrições), a fundamentação constitucional se nos apresenta como de maior envergadura, já que determinado é, ao legislador infraconstitucional, uma necessária *justificação* dos meios empregados e os fins atingidos, alinhados com aqueles determinados pela Constituição.

O art. 5º, inciso XIII, já citado, é exemplo de reserva legal qualificada. Questionam os teóricos, sobre a possibilidade, diante da reserva legal qualificada, de qualquer margem de ação para o legislador ordinário (que terá ação contrária aos mandamentos constitucionais quando ultrapassar “o permissivo constitucional”, estabelecendo limitação ou restrição diversa daquela que lhe é permitida).

Luiz Fernando Calil de Freitas cita, porém, que outras possibilidades de imposição de limites ou restrições podem ainda figurar quando de uma reserva legal qualificada:

diante de uma norma jusfundamental dotada de reserva legal qualificada, não se podem excluir as possibilidades de limites e restrições outros que não exatamente aqueles relativos aos fins a serem atingidos ou aos meios a serem adotados na busca de tal desiderato, desde que se mostrem razoáveis e, como tais, constitucionalmente adequadas ao sistema constitucional vigente¹¹.

Anotado pode ser o posicionamento diverso de Robert Alexy, não alinhado com a teoria externa ou teoria interna, propondo que os direitos fundamentais são princípios e, por tal, constituem direitos *prima facie* que poderão ser afastados diante de um caso concreto.

¹⁰ FREITAS, 2007, p. 165.

¹¹ Ibid., p. 167.

Estando o legislador diante de uma reserva legal simples, ou mesmo diante de uma reserva legal qualificada (com as possibilidades demonstradas de outras limitações ou restrições que aquela anotada no texto constitucional), necessário será o enquadramento constitucional sob critérios (materiais) de fundamentação, preservação do núcleo essencial e de ponderação.

FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição desempenha, no ordenamento jurídico, uma função unificadora, opondo-se à produção exacerbada de regras por meio do legislador ordinário quando este a tem como norma superior, dotada de normatividade e que a todos obriga, resultando em submissão até mesmo do legislador¹². A abordagem contemporânea eleva, pois, a Constituição a grau mais elevado, retirando, por bem dizer, espaço da lei em visão que não mais a enquadra como norma suprema (por ser fruto de um agir legislativo, por exemplo).

O direito se faz, então, pela normatividade que a própria Constituição possui, dela partindo e a ela se submetendo, quer ao que ditado pelos princípios, quer pelo que ditado pelas regras.

Ao legislador infraconstitucional é imperioso demonstrar, em seu agir, fundamentação que diga (e prove) do alinhamento aos preceitos constitucionais (insculpido nas regras ou princípios). Já não mais soberano – comprova-se – o legislador doravante também se sujeita à Constituição, dado que necessária e fundamental a justificação do ato espelhada na Carta Maior.

Ainda assim, inseridos dentro do espectro da permissão – ou onde ainda permitida a justificação – poderemos sempre ter um fundamento ou justificação constitucional (o ato de cuspir poderia ser criminalizado por espalhar bactérias nocivas à vida humana). Nesse toar, possível seria a qualquer direito fundamental sofrer qualquer tipo de limitação ou restrição.

A justificação do legislador passa, destarte, pela determinação do que seja um núcleo essencial (sob ótica das teorias absoluta e relativa) sem que seja prudente – demonstrar-se-á – falar-se em um núcleo duro, inatingível do direito fundamental. Ademais, tenha-se desde já fixada a necessidade de o legislador fundamentar sempre “cualquier medida o disposición restrictiva”¹³, ainda que tal represente “una cierta lesión de la libertad política de configuración legislativa y con ello, si se quiere, del principio de mayorías y de las correspondentes prerrogativas del Parlamento”¹⁴.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, [s.d.]. p. 39.

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. [s.l.]: Editorial Trotta, [s.d.]. p. 238.

¹⁴ Id.

PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Além da justificação constitucional, ainda no âmbito dos requisitos materiais para limitação ou restrição de um direito fundamental (*limite dos limites*), é necessária a preservação do núcleo essencial daquele direito. A importância do tema conduz alguns teóricos a determinar o “dever” de proteção ao núcleo essencial¹⁵. Necessária, porém, a abordagem das teorias que tratam do conceito de núcleo essencial para que, após, possa ser considerada o requisito (ou o “dever”) de sua proteção. O resgate histórico nos conduz à Constituição de Weimar, com o necessário “preenchimento substancial dos direitos fundamentais para a lei ordinária, pelo que, em Weimar, o apelo à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais constituía uma tentativa de limitar, de algum modo, a margem de que dispunha o legislador democrático”¹⁶.

É justamente a possibilidade de limitação ou restrição que faz despontar um núcleo do direito fundamental, ao que se impõe, ao menos no sistema constitucional pátrio (artigo 60, § 4º, IV), uma especial proteção, vedando-se sua abolição ou, no dizer constitucional, qualquer detectável tendência de sua abolição. O trabalho primeiro e maior dos teóricos é imprimir contornos do que seja o núcleo de um direito fundamental.

O debate surge, inicialmente, sob duas óticas: uma que visualiza a possibilidade de determinação do conteúdo essencial somente mediante a apreciação do caso concreto e outra que, de forma diversa, visualiza aquele conteúdo essencial determinável, sempre, aprioristicamente (ou, em outro entender, como sendo determinado). A primeira visão faz alinhar seus simpatizantes em corrente determinada como “teoria relativa”. A segunda, por sua vez, é tida e denominada como “teoria absoluta”. Ambas de relevante importância para o entendimento do que seja o núcleo essencial ou o que seja efetivamente o conteúdo de um direito fundamental. Dessas teorias extrai-se uma terceira, captando ensinamentos de uma e de outra: a teoria mista, que será adiante abordada.

Teoria relativa

Como já preambularmente citado, a teoria relativa parte do pressuposto de que o núcleo do direito fundamental (ou sua essencialidade) somente pode ser ditado mediante o caso concreto, ou seja: “toda restrição imposta a direitos fundamentais exige uma justificação”¹⁷ (ainda que uma efetiva restrição esteja afeta

¹⁵ FREITAS, 2007, p. 192.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. [s.l.]: Coimbra Editora, 2003. p. 779.

¹⁷ FREITAS, 2007, p. 196.

a uma abordagem sob o viés das teorias interna e externa e, mais, trata de abordagem sobre diminuição do *exercício*; preferiríamos, conforme exposto em nossa introdução, falar que toda discussão do conteúdo – essa sim aborda por teorias absoluta e relativa – objetiva delimitá-lo para que uma *restrição* – do exercício, ou limitação – do próprio conteúdo possa ser discutida sob ótica das teorias *interna* e *externa*).

A discussão *a posteriori*, conforme a teoria relativa, irá determinar o conteúdo do direito fundamental, sempre relevado mediante o caso concreto, sendo pois *considerado*. A delimitação do conteúdo do direito fundamental irá resultar, sempre, da ponderação:

A denominação de relativa advém, pois, como facilmente se constata, da circunstância de que o núcleo essencial é variável a cada caso concreto, na dependência do resultado da ponderação que se efetive e da possibilidade ou não, à luz do princípio da proporcionalidade, de ser justificada uma determinada intervenção desvantajosa em um direito fundamental¹⁸.

132 Notável é o papel da justificação quando considerado o núcleo de um direito fundamental sob a luz da teoria relativa. Se necessária uma ponderação, *a posteriori* e mediante o caso concreto, a intervenção de limitação somente será levada a efeito quando há uma concreta e justificada fundamentação, ou seja, “*o limite é constitucionalmente correto quando se justifica razoavelmente na necessidade de preservar outros bens constitucionalmente protegidos*”¹⁹. É o caso no qual há direitos fundamentais incompatíveis entre si (direito de resposta e liberdade de expressão, por exemplo)²⁰. Nesse diapasão, o ensinamento de Sanchís:

no tiene sentido desde esta perspectiva tratar de identificar en general un núcleo duro e innegociable para cada derecho fundamental, sino que el contenido esencial se obtiene al final del proceso de argumentación en cada caso concreto y a la vista de los derechos o principios en pugna²¹.

Nesses casos de incompatibilidade entre direitos fundamentais, importante papel terá a ponderação mediante o caso concreto, fazendo com que a teoria relativa se nos apresente como mais prudente e com melhor aplicabilidade e condizente com a proposta anotada no título do presente trabalho. Haverá, para a teoria

¹⁸ FREITAS, 2007, p. 197.

¹⁹ MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 22, apud FREITAS, 2007, p. 197.

²⁰ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. [s.l.]: Almedina, [s.d.]. p. 284.

²¹ SANCHÍS, Op. cit., p. 233.

A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

relativa, a redução dos critérios materiais de limitação do conteúdo do direito fundamental a uma efetiva ponderação (com seus elementos de necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim), equiparando o conteúdo essencial e exigência de justificação:

De esta manera, el contenido esencial se determina ante todo mediante una ponderación. Dependiendo del peso que los principios contrapuestos tengan en la ponderación, ésta puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente²².

Teoria absoluta

Contrapondo-se à teoria relativa, a teoria absoluta vê o conteúdo do direito fundamental como sendo determinável, *a priori*, possibilitando visualizar-se do que é feito seu núcleo, independentemente de caso concreto ou de ponderação de outros direitos fundamentais. Haverá, para a teoria, um “núcleo fixo que no depende de la ponderación”²³. A questão que de plano desponta no âmbito da teoria absoluta é a forma de determinação do conteúdo em si do direito fundamental:

Sin embargo, en general puede decirse que una cosa es afirmar que un derecho fundamental tiene un núcleo absoluto y otra muy distinta es señalar qué contenido tiene ese núcleo²⁴.

A afirmação da existência de um núcleo duro “indisponible que no puede ser restringido en ningún caso”²⁵ leva-nos a considerar a impossibilidade, a um, do completo afastamento do direito fundamental, ainda que incompatível com outro em um caso concreto; a dois, de qualquer possibilidade de ponderação – ao menos da parte tida efetivamente como central – com a mesma parte de outro direito incompatível. Abordada uma “parte central”, ou “núcleo essencial”, remete a posicionamento que descortinará uma nova teoria: se há um núcleo, esse não é o todo, posto que somente ponto central (ou nuclear); se não é o todo, há de existir outra parte, para além do núcleo e que também compõe o conteúdo do direito fundamental, mas que – talvez – se nos apresentasse como passível de redução.

É de se notar, então, a existência de “uma esfera permanente de direito fundamental”²⁶, que impõe barreira intransponível ao legislador, ainda que esse atue

²² BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, [s.d.]. p. 99.

²³ Id.

²⁴ Ibid., p. 99-100.

²⁵ SANCHÍS, op. cit., p. 232.

²⁶ FREITAS, 2007, p. 198.

de forma justificada ou almejando a concretização de outro direito fundamental, e uma outra, na qual serão incluídas as hipóteses fáticas, podendo do conteúdo em questão tirar proveito ou então sucumbir a outro direito (ou outra parte não essencial mas imediatamente posterior ao núcleo essencial)²⁷. A forma da teoria absoluta assim colocada confunde-se, em boa parte, com a terceira teoria proposta.

Teoria mista

A existência de um núcleo do direito fundamental, que deveria ser objeto de preservação, não se nos apresenta como descabido em essência. A possibilidade de, mediante um caso concreto e direitos fundamentais incompatíveis, chegar-se a um resultado que busque efetivamente a tutela de ao menos um dos direitos também é algo que goza de aceitação por parte da base teórica que aborda o tema. Esse núcleo, porém, não poderia ser relativizado em sua essência, mas talvez em parte dele:

También la teoría llamada absoluta puede conducir a una relativización del contenido de los derechos fundamentales precisamente por centrar la construcción dogmática en la garantía del contenido esencial como algo que es objeto de una protección singularidad. (...) el contenido esencial del derecho es un núcleo duro, un *Kern*, o un *Wesenskern* absolutamente resistente a la acción del legislador. (...) Al concebir así el contenido esencial se evita ciertamente la relativización extrema a que conduce la teoría que identifica contenido esencial con justificación del límite, pero al mismo tiempo se corre el peligro de introducir una relativización de otra índole: si lo protegido es tan sólo el núcleo duro, el círculo interior, en torno a éste aparece un anillo integrado por una zona penetrable por el legislador²⁸.

134

Prudente seria, assim, a existência ou proposta de uma teoria que fosse tanto elaborada com critérios da teoria absoluta como com critérios da teoria relativa: falamos de uma teoria mista do conteúdo essencial.

A combinação parte da anotação de um direito fundamental como regra (com conteúdo previamente definido) e a anotação do mesmo direito fundamental como um princípio (com conteúdo definido posteriormente, mediante o caso concreto). A questão é saber se uma norma (aquele direito fundamental) pode ser ao mesmo tempo uma regra (com funtores deônticos determinados) e um princípio (com funtores deônticos determináveis). Sobre o tema, o ensinamento de Borowski:

Si se quiere combinar ambas teorías, sería necesario presuponer la existencia de dos diferentes normas de derecho fundamental. (...) El punto

²⁷ FREITAS, 2007.

²⁸ BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. [s.l.]: Editorial Civitas, [s.d.]. p. 131-132.

A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

de partida estaria em un núcleo absoluto, estricto, de los derechos fundamentales, que podría ser restringido por el Estado en ninguna circunstancia. Este núcleo estaría rodeado por una corona en la que las intervenciones estatales serían admisibles, siempre y cuando respetaran el principio de proporcionalidad en sentido amplio²⁹.

A teoria mista, por bem dizer, dispõe o direito fundamental em camadas, preservando-lhe um núcleo intangível e permitindo, mediante a ponderação pregada pela teoria relativa, uma limitação mediante o caso concreto, reduzindo, mais uma vez, os critérios materiais para a ponderação em sentido *lato*.

A conjugação das duas teorias (absoluta e relativa, consubstanciada na teoria mista) vem determinar uma dupla barreira à limitação dos direitos fundamentais, requerendo, pois, que qualquer limitação seja justificada (com adoção de ponderação se preciso for) e que, ao mesmo tempo, seja preservado o seu núcleo essencial.

Teoria interna

Exposta a temática das teorias que definem o conteúdo do direito fundamental, voltamo-nos com mais detença para a sua limitação ou restrição, com as teorias que também procuram explicar quando e como tal é possível.

Inicialmente, temos a teoria interna, identificando o conteúdo e a limitação (ou restrição) já anotada pelo próprio direito, ao que se vincula à teoria absoluta. Assume contornos de já configuração da limitação no âmbito da parte nuclear do direito fundamental, ou seja, em uma seita, por exemplo, pode ser que a ordem por ela seguida pregue a necessidade de todos os seus seguidores andarem sem roupas. Sob a ótica da teoria interna, uma eventual limitação não poderia atacar esse agir, posto que está internamente alinhada ao direito fundamental da liberdade de culto.

Fácil a visualização de elemento único ditado pela teoria para o direito e suas restrições, ou seja, a existência tão somente do “derecho con un determinado contenido”³⁰, no qual é possível a substituição do conceito de restrição (ao que entendemos afeta ao exercício) pelo conceito de limite (do conteúdo do direito fundamental em uma possível limitação).

Teoria externa

A teoria externa, por sua vez, prega uma limitação que estará, sempre, além do núcleo fundamental, o que resulta em alinhamento com a teoria relativa. Valendo-se ainda do exemplo citado para a teoria interna, para a teoria externa o

²⁹ BOROWSKI, op. cit, p. 101.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 269.

nudismo dos praticantes de uma seita é *externo* ao direito fundamental (integrada no âmbito da cláusula de ordem pública), possibilitando – justamente em função daquela não composição *interna* – sua limitação (ou restrição).

quien considere que el nudismo forma parte de la libertad de culto yo no incide en el concepto actual de orden público, deberá juzgar ilegítima toda norma que limite o restrinja su práctica; quien, por el contrario, siga pensando que dicha conducta está integra en el ámbito de la clausula limitadora, deberá aplicar sin más de la norma de limitación, pues según esta perspectiva nos encontramos ya fuera de la esfera de los derechos³¹.

Assim haverá, para a teoria externa, direitos que são restringidos (ou limitados), ainda que também possamos falar em direitos outros que não serão passíveis de restrições ou limitações:

... según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de la restricción. La relación creada solo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos³².

Se por um lado temos as vertentes absolutas e relativas abordando a temática do conteúdo do núcleo do direito fundamental, por outro temos vertentes internas e externas abordando as possibilidades de sua limitação. Aquelas primeiras, então, cotejando o conteúdo dos direitos, se único ou passível de estratificação (em um núcleo essencial e outro âmbito periférico); estas últimas discutindo, por seu turno, o conteúdo de tal direito (o que irá representar a possibilidade de seu exercício, além de delinear o campo da limitação). A limitação, enfim, liga-se à restrição: “Cuando se habla de ‘límites’ em lugar de ‘restricciones’, se habla de ‘restricciones inmanentes’”³³.

PROPORCIONALIDADE

Por fim, como último componente material dos limites externos explícitos (*limite dos limites*), está a proporcionalidade, citada já em várias abordagens, v.g., na discussão da teoria relativa (e também da teoria mista), como proporcionalidade em sentido *lato*, ou quando apregoada uma necessária ponderação.

A proporcionalidade, consubstanciada em uma demonstração de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁴, vem se apresentar como

³¹ SANCHÍS, op. cit., p. 228.

³² ALEXY, op. cit., p. 268.

³³ Ibid., p. 269.

³⁴ Ao que encontramos também descrito como *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*; há destaque, ainda, para o *conteúdo material* do princípio da proporcionalidade, traduzido por dever de emprego do meio necessário para o fomento de um fim constitucionalmente legítimo,

A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

o último dos elementos materiais para a atividade de limitação de um direito fundamental, juntando-se à fundamentação constitucional e preservação do núcleo do direito fundamental.

Importa desde já considerar que a proporcionalidade será aplicada, em forma necessária, quando adotada a teoria mista ou a teoria relativa, e, em alguma dose, se considerado o direito fundamental a partir da abordagem da teoria absoluta (o que implica dizer ser passível o critério de proporcionalidade, ou ponderação, no âmbito da teoria externa e em reduzida escala na teoria interna).

Alinhada àquela teoria mista (ou mesmo no tocante à teoria relativa, a proporcionalidade, tida sua observância como um dever³⁵, deve imperar nas limitações que afetem tanto o núcleo essencial do direito fundamental como a parte a eles subsequente:

Mesmo quando comprovadamente não afete o núcleo essencial, a restrição à parte do conteúdo considerada não essencial deve pautar-se pela diretriz hermenêutica do princípio da proporcionalidade. (...) a partir dos critérios estabelecidos nos subprincípios que constituem o princípio da proporcionalidade é que se poderá, com segurança, definir se a restrição está efetivamente autorizada pela Constituição...³⁶.

A necessidade (do meio), listada como subprincípio da proporcionalidade, se liga à busca que deve realizar o legislador pela opção menos gravosa, preservando, ao máximo, os outros direitos fundamentais afetados. A razoabilidade, descrita também como adequação do meio ao fim³⁷, é a demonstração de forma mais adequada para “promover o atingimento da finalidade perseguida”³⁸ ou a pertinência entre os meios escolhidos e os fins desejados³⁹. O último estrato compõe-se da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, os meios, além de necessária idoneidade, devem guardar proporcionalidade entre o custo e o benefício da medida⁴⁰, o que implica dizer ser imperioso que, após a análise da necessidade e da adequação meio-fim, seja analisada “a relação custo-benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais dele decorrente”⁴¹.

dever de empregar o meio menos gravoso para tal e que esse meio empregado tenha resultado proporcionalmente mais relevante do que o direito que foi afetado com seu emprego. Conforme FREITAS, 2007, p. 206-207.

³⁵ FREITAS, 2007, p. 205.

³⁶ Ibid., p. 205.

³⁷ Ibid., p. 207.

³⁸ Ibid., p. 208.

³⁹ Cf. FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007a.

⁴⁰ Id.

⁴¹ FREITAS, 2007a, p. 211.

Há quem, porém, discorde dessa acepção clássica de proporcionalidade para limitação de um direito fundamental, já que não há de se falar em um ponto fixo a ser cotejado com os critérios utilizados na proporcionalidade clássica (para se saber se o meio empregado foi necessário, adequado, por exemplo). Na relação de direitos fundamentais, a relação entre a intensidade de eficácia e seus conteúdos jurídico-objetivos não permite ancoragem em ponto determinado:

La proporcionalidad que aqui se utiliza como parámetro de la ponderación no es ciertamente la proporcionalidad clásica. Esta tiene un punto fijo de referencia, el fin de la ley o de la norma legal, y determina a partir de éste (relacionalmente) la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Este punto fijo de referencia falta precisamente, y debe faltar, en la ponderación entre contenidos jurídico-objetivos de derecho fundamental y su intensidad de eficacia. (...) La proporcionalidad que aquí está en juego es una proporcionalidad-adequación⁴².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

138

A atividade de limitação de um direito fundamental contempla, por si, duas vertentes: uma que decorrerá da interpretação (dada pelo legislador) do que seja o núcleo fundamental de um direito fundamental (a ser limitado em função de outro que deve ser dotado de eficácia, regulação ou configuração); outra que decorrerá, identificada a primeira, dos resultados da proporcionalidade ditados pelo próprio legislador para fundamentar sua escolha.

Na primeira, o apoio virá das teorias relativa, absoluta ou mista, em possibilidades que – se demonstraram – têm melhor amparo quando consideradas as duas primeiras, fundando a teoria mista: uma parte essencial do direito fundamental que compõe seu núcleo e uma parte subjacente, que poderia sofrer intervenção mediante necessária e condizente justificação. Na segunda, amparo das teorias interna e externa, virá correlacionada com noção de ação externa ao núcleo essencial do direito fundamental.

A justificação, por fim, considerada a teoria mista para delimitação do que seja o núcleo (ou o próprio conteúdo) do direito fundamental, deverá ultrapassar e relacionar-se com o que é pregado pelas teorias interna e externa, já que afetado será não só o direito (por meio da limitação) como o seu exercício (em uma resultante restrição).

Se, por um lado, a ponderação pode resultar de critérios que – para alguns – apresentam-se como inseguros, por outro, a exigência da demonstração de requi-

⁴² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción de Juan Luiz Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges, 1993. p. 124.

sitos de necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim (proporcionalidade em sentido estrito) vem determinar-lhe barreira impeditiva a quaisquer “aventuras legislativas”. A atividade legislativa, por si, acabará por ser reduzida, em seus critérios materiais, a um *limite dos limites* ditado pela proporcionalidade contemplativa que é de uma fundamentação que demonstre ser preservado seu núcleo essencial (por meio da demonstração da necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim).

A atividade jurisdicional, se apreciada a ação legislativa, irá verificar inicialmente – e de forma objetiva – os critérios formais requeridos para a atividade de limitação (legalidade, reserva do parlamento e lei em sentido formal e material). Posteriormente, proceder-se-á à verificação subjetiva para os requisitos materiais (fundamentação constitucional, preservação do núcleo essencial e proporcionalidade) e o impacto que a limitação do conteúdo confere no tocante a uma restrição do exercício. O primeiro – legislativo – insere a proporcionalidade na análise do conteúdo (limitando-o); o segundo – judiciário – vale-se da mesma proporcionalidade para explicitar se o exercício (e sua restrição) é, de idêntica forma, feita de maneira a atender aos critérios materiais impostos pelo *limite dos limites*.

Um, legislativo, dita a proporcionalidade em abstrato. Outro, judiciário, dita a proporcionalidade diante do caso concreto. Ambas requerem – e necessitam: a) fundamentação amparada em justificação constitucional que se mostre *necessária, razoável e adequada*; b) fundamentação de que o núcleo do direito fundamental foi preservado, por meio de exposição *necessária, razoável e adequada* para aquele núcleo. Não há, pois, como excetuar, em qualquer andar de observância de critérios materiais, um *limite dos limites* que não se socorra de critérios de proporcionalidade, elemento último e delineador da melhor eficácia e aplicabilidade do direito fundamental em sua essência.

Ao fim, pode-se falar em uma razoabilidade, não confundida com uma proporcionalidade. Razoabilidade é inerente à ação humana, é lógica dessa ação, enquanto proporcionalidade é lógica formal que se aplica ao direito⁴³. Destarte, o princípio da razoabilidade não se confunde com o subprincípio da razoabilidade, insculpido no princípio da proporcionalidade. Razoabilidade, em sentido da lógica da ação humana, é ter decisão permeada pela realidade fática, incorporada de valores.

O princípio da razoabilidade pode ser considerado, então, como um princípio síntese, que implica considerar mais do que explicitado pelos critérios formais e materiais do *limite dos limites*. Ultrapassados serão, por bem dizer, os requisitos de fundamentação, preservação do núcleo e da própria proporcionalidade.

⁴³ FREITAS, 2007a, p. 214.

lidade, atuando como uma *proporcionalidade amplíssima*, resultante das visões que lhe são características⁴⁴: a) de *equidade* (verificável na relação entre as normas gerais e o caso concreto); b) de *congruência* (verificadora de atendimento das condições externadas da norma ao caso concreto); e c) de *equivalência* (aferindo a dimensão entre a medida a ser adotada e a medida efetivamente concretizada).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. [s.l.]: Editorial Civitas, [s.d.].

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción de Juan Luiz Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges, 1993.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, [s.d.].

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007a.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. [s.l.]: Coimbra Editora, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. [s.l.]: Editorial Trotta, [s.d.].

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. [s.l.]: Almedina, [s.d.].

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, [s.d.].

Data de recebimento: 16/07/2009

Data de aprovação: 08/10/2010

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004 apud FREITAS, 2007a, p. 215.