

Os níveis de relativização dos direitos fundamentais: uma abordagem sobre as causas eficazes e instrumentais harmonizadas pelo princípio da proporcionalidade

JULIANO HEINEN

Advogado, láurea acadêmica pela ESMP

É notório que os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade para qualquer noção de Constituição,¹ haja vista que estes se encontram intrinsecamente vinculados aos mais diversos textos constitucionais, normatizados e efetivados sob a égide dos seus ditames básicos, a saber: à vida, à liberdade, à igualdade e a fraternidade, primando sempre pela dignidade humana.

O Estado de Direito e os direitos fundamentais estabelecem uma relação recíproca, pois o Estado de Direito, como a própria nomenclatura já diz, necessita da dependência, funcionalidade e garantia dos direitos fundamentais para ser este, assim concebido, Estado de Direito, de tal sorte que os direitos fundamentais, como consequência, requerem, para sua efetivação, positivação e normatização, bem como as garantias por parte do Estado de Direito.

Os direitos fundamentais e humanos são informações e dados que perpassam o direito, tendo em vista que sua fundamentação possui razões filosóficas, políticas e também jurídicas – um plexo de direitos conforme Habbermas (1997). Para isso, faz-se necessária diferenciação entre as duas categorias. É consenso que quando se fala em direitos humanos, fala-se necessariamente, de direitos vinculados ao jusnaturalismo. É um conceito

¹ Bobbio entende que os Direitos do homem, juntamente com a democracia e a paz são “três momentos de um mesmo movimento histórico: sem direitos do homem protegidos e reconhecidos não há democracia” (1992, p. 1).

jusnaturalista, que se funda necessariamente num argumento racional e lógico que é construído a partir de um método dedutivo. A partir de um conceito de uma categoria com juízo de valor apriorístico, sem vinculação empírica, através de uma reflexão sobre o dever ser, constitui a primeira idéia de direitos humanos (Guerra Filho, 1999).

Os direitos humanos têm fundamentação no ser social que se constitui mediante as contingências de sua realidade e de uma concepção ontológica, interior (Sarlet, 2001a). Já os direitos fundamentais são conceito da Idade Moderna (1ª emenda constitucional na Constituição Federal americana – conceito jus-positivo), com justificação racional por meio do método indutivo, com partida numa ponderação institucional criada por movimento de forças políticas existentes, de uma norma, às vezes, contra o Estado.

Assim, os Direitos Fundamentais são, na atual estrutura jurídica pátria, ao mesmo tempo, direitos subjetivos (outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados) e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva (que são os que formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático) (Leal, 2000, p. 187).

Conforme se infere, os direitos fundamentais, como categoria de norma constitucional, têm como fator de implementação (“enforcement”) tanto o político como o jurídico:

Assim, as questões políticas e as questões jurídicas consignam aspectos integrantes de uma mesma realidade, principalmente quando estão em jogo Direitos Humanos e Fundamentais, por constituem duas dimensões incidíveis dos problemas constitucionais. Qualquer pretensão no sentido de segregá-los, é cair na unilateralidade, prestigiando-se tão-somente, um dos lados, quando, em verdade, urge qualifica-as em conjunto (Leal, 2000, p. 190).

De início importante registrar que a expressão *direitos humanos* está freqüentemente associada à expressão *direitos fundamentais*, em que pese exista uma distinção que, segundo Sarlet (2001b), reside no fato de a primeira guardar relação com documentos de direito supranacional,² aspirando à validade universal, para todos os povos e tempos; e a segunda, referir-se aos direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de cada Estado. Nesta mesma linha está o entendimento de Edilson Pereira de Farias quando ensina que:

A categoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais refere-se aos direitos subjetivos básicos reconhecidos aos cidadãos e protegidos na Constituição de um Estado. Em outras palavras: significa a positivação em nível constitucional de direitos humanos proclamados em documentos internacionais (2004, p. 26).

Assim, conclui-se que os direitos fundamentais possuem radicação na ordem interna, nos limites da Carta Política de cada país.³ Então, para

² Como por exemplo: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e Carta da ONU de 1948.

³ Para o estudo do presente trabalho, será respeitada essa diferença.

vivermos em um Estado Social de Direito,⁴ lapidado por princípios democráticos, é de relevância que a Constituição, além de fomentar a organização estatal, seja torneada de direitos fundamentais, atingindo efetivamente os fins sociais, para assumir o papel de guia da sociedade.

Nesse compasso, avançando no tema, imperioso tomar por base o conceito de âmbito de proteção dos direitos fundamentais para então avançar na definição de sua relativização. Como bem adverte Gilmar Ferreira Mendes: “*Muitas vezes o âmbito de proteção somente há de ser obtido em confronto com eventual restrição deste direito*” (Mendes, 2000, p. 212).

O âmbito de proteção de um direito fundamental, também conhecido como pressuposto de fato, refere-se aos bens tutelados e/ou realidades (vida, liberdade, propriedade, ...) ⁵ pela dimensão normativa pertinente. Os limites de proteção dos direitos fundamentais apontam os bens a serem tutelados e, por conseguinte, a extensão desta proteção (Canotilho, 2002, p. 1223-1233).⁶

O âmbito de proteção produz duas situações: uma ampla, que abarca todas as situações em seu bojo normativo, e outra estreita, que exclui, de plano, certas situações. Para o texto em questão, adotar-se-á o conceito amplo, pois permite uma “*fundamentação clara e racional das restrições dos direitos fundamentais*” (Farias, 2004, p. 35).

Para Gilmar Ferreira Mendes:

[...] a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos tendo em vista: (a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*) (b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva* (2000, p. 212-213).

Na verdade o âmbito de proteção de um preceito, seja ele ético, seja ele positivo, possui um dado alcance – uma extensão –, ainda que não bem

⁴ Para Garcia-Pelayo: “o Estado social significa historicamente a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo qual entendemos aqui o Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos complexos problemas, mas também suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los” (1982, p. 18). Para César Saldanha de Souza Jr., o Estado social possui “duas notas essenciais: (a) a democracia política, enraizada na tradição liberal dos direitos fundamentais do homem *mais* a extensão do sufrágio e as liberdades de associação; e (b) a abertura para a política social, consubstanciada pelo intervencionismo estatal. O Estado social, pressupõe, portanto, antes de tudo, o regime democrático pluralista” (2002, p. 74).

⁵ Exponentes das dimensões do humano.

⁶ No direito privado, o âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito é conhecido como suporte fático (Mello, 1991), ou, no Direito italiano, por “*facti especies*”, ou, no Direito alemão, por “*tatbestand*” (Larenz, 1989, p. 299). Como bem alerta Canotilho, “esses ‘âmbitos’ ou ‘domínios’ protegidos pelas normas garantidoras de direitos fundamentais são designados de várias formas: ‘âmbito de proteção’ (*‘schutzbereich*’), ‘domínio normativo’ (*‘Normbereich*’), ‘pressupostos de facto dos direitos fundamentais’ (*Grundrechtstatbestände*)” (2002, p. 1248).

delimitado. Todas as realidades que se encontram dentro desta área de abrangência referida passam a sofrer tutela destas premissas.⁷

O exposto conduz a uma conexão com a hermenêutica constitucional, uma vez que o âmbito de proteção de um direito fundamental reflete uma metódica compreensão e aplicação da regra fundamental. Ou seja, o cotejo do âmbito de proteção exige do operador jurídico a necessária percepção se a situação fática posta em pauta está salvaguardada na realidade social da norma.⁸

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de determinado direito, constitui ponto central na dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por determinado direito. Assim, indaga-se em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicações (comunicação mediante utilização de rádio, "pager", etc.) (Mendes, 2000, p. 213).

Mas nem todas as regras que tendem a normatizar certa realidade social restringem/relativizam o alcance de certo direito fundamental. Pelo contrário, muitas normas servem de complementação, de especificação, de densificação, etc. Daí porque Canotilho divide as normas em: *normas legais restritivas* (que relativizam o âmbito de proteção dos direitos fundamentais) e *normas legais conformadoras* (que completam precisam o conteúdo de proteção de um direito fundamental) (2002, p. 1249).⁹ Como exemplo de normas constitucionais conformadoras, tem-se o artigo 5º, incisos XII, XXXI, XXXII, XXXV, LXXII, entre outros da Constituição Federal de 1988.

Cumprir deixar claro que os conceitos de concretização e conceituação, por vezes tidos como sinônimos, não se confundem. Conforme Canotilho, a *conformação* é interação legislativa no limiar dos direitos fundamentais que reclamam regulamentação; já a *concretização* é definida como qualificadora da atividade legislativa que complementa os direitos fundamentais que não carecem da mediação do legislador (2002, p. 1250).

⁷ Mas, nesse sentido, cabe o alerta de Canotilho: "As normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem as 'realidades da vida', os 'dados reais', como... 'dados' ou 'realidades'. Garantem ou perseguem esses 'dados reais', configurando *direitos subjetivos* (ex.: liberdade), *direitos de prestação* (ex.: direito de ensino, direito aos tribunais), *diretos processuais e procedimentais* (ex.: direito de ser ouvido em processo penal ou em procedimento disciplinar) *garantias de instituto e garantias institucionais* (ex.: proteção da maternidade, garantia da propriedade privada) e *direitos de participação* (ex.: direito de participar na vida pública). Trata-se, como se vê, dos 'efeitos jurídicos' que resultam do facto de uma norma recortar certos 'dados da realidade' como objecto de proteção. Para dar operatividade a essa proteção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos" (2002, p. 1248-1249).

⁸ Ver, nesse sentido, Konrad Hesse (1998, p. 50-51).

⁹ As normas legais conformadoras, seguramente, impõe-se para dar efetividade aos direitos fundamentais. Quando os "direitos fundamentais, carecem, para o seu exercício, de *interpositio legislationes*" (Canotilho, 2002, p. 1250). Há direitos fundamentais que reclamam uma atuação legislativa para lhe conferir plenitude, ou seja, reclamam o que Konrad Hesse chamou de *tarefa de legislação* (Canotilho, 2002, p. 1250).

Como passo seguinte, passa-se a adentrar na temática proposta. Conforme Edilson Farias:

[...] a restrição de um direito fundamental é uma limitação do *âmbito de proteção ou pressuposto de fato* desse direito fundamental. Por exemplo: o pressuposto de fato estabelecido pelo art. 5º, IV, da CF em vigor (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) alcança todas as hipóteses práticas de manifestar-se o pensamento. A proibição do anonimato, na referida disposição de direito fundamental, constitui uma *restrição* porque limita a proteção constitucional da manifestação do pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua identidade (2004, p. 36).

Ou seja, quando se define o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, automaticamente o interprete se depara com a colisão de direitos. Esta colisão pode ser operadora das restrições dos direitos fundamentais, o que revela não só que o processo hermenêutico¹⁰ é materializador das restrições dos direitos fundamentais, como também que, no âmbito de entrelaçamento dos vários direitos fundamentais, haverá uma relativização. Aliás, “[...] a restrição é quase trivial no âmbito dos direitos individuais”¹¹ (Mendes, 2000, p. 213).

Conforme anteriormente exposto, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais traz para seu bojo de tutela um *bem*, um *objeto*, seja físico ou metafísico, que lhe agrega valor. É um bem valioso que a comunidade elegeu como digno de proteção. “*Os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o caráter de bens da comunidade*” (Canotilho, 2002, p. 1256).

Assim, muitas vezes o jurista, o legislador, o administrador público, entre outros, vêem-se diante de um imbricamento de dois bens juridicamente tutelados. E como solução ao impasse, lançam mão dos postulados¹² inespecíficos e específicos.¹³ Nesse sentido, os bens eleitos pelo hermenauta no caso concreto são fonte limitadora dos direitos fundamentais. “*A ‘segurança existencial do Estado’ é um bem legitimador de importantes restrições aos direitos fundamentais. [...] A ‘ordem constitucional democrática’ pode levar à suspensão de certos direitos fundamentais.*” (Canotilho, 2002, p. 1257).

¹⁰ Como bem menciona Laurez, citado por Leal (2000, p. 132), praticar a interpretação é uma atitude de mediação, pela qual o interpretador traz o não entendimento de um texto a um nível de compreensão. Em outras palavras, é a explicação do significado daquele dispositivo.

Embora o autor se refira a “direitos individuais”, também os direitos fundamentais são abarcados pela premissa.

¹² Humberto Ávila diferencia, com precisão ímpar, os conceitos de regra, princípio e postulado, os quais são tomados por base neste trabalho. Nesse sentido, postulados são “normas estruturantes de aplicação de princípios e regras.” (2004, p. 90) Postulados, segundo o autor, “são metanormas, ou normas de segundo grau” (2004, p. 88). Sua violação significa uma não-interpretação.

¹³ Na linha de pensamento de Ávila (2004, p. 94-127), tem-se que, por exemplo, os postulados inespecíficos são o da ponderação, da concordância prática e da proibição de excesso. Tendo em vista a característica concisa deste texto, relegar-se-á sua conceituação outro momento.

Na verdade, sobre a temática da restrição dos direitos fundamentais existem duas teorias principais. A primeira, denominada *externa* defende que “[...] o conceito de restrição de um direito sugere a suposição de que existem duas coisas – o direito e suas restrições.” (Alexy, 1989, p. 268). Direitos e restrição seriam categorias distintas. Por uma conclusão lógica, há, num primeiro plano, um direito fundamental ilimitado e, posteriormente, um direito limitado por uma restrição (*externa*) (Mendes, 2000, p. 224).

Há uma segunda teoria, chamada de *interna*:

Não existem duas coisas, o direito e suas restrições, senão só uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo limite. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas acerca de se o direito deve ou não ser limitado senão acerca de qual é o seu conteúdo. Quando se fala em ‘limites’ no lugar de ‘restrições’ se fala em restrições imanentes (Alexy, 1989, p. 268-269).

A teoria interna prega, em suma, que não há conceitos autônomos de restrição e direito, mas sim, uma relação entre o direito individual e o seu conteúdo. (Mendes, 2000, p. 224) Como assevera Alexy (1989), dúvidas não pairam sobre a amplitude das restrições, mas sim, sobre os limites de conteúdo de um direito individual Enquanto a teoria externa prega a reação entre a restrição e o direito fundamental,¹⁴ a teoria interna, por sua vez, propõe a relação entre o conteúdo de um direito fundamental e seus limites. Nesta, a idéia de restrição (“Schranke”) é substituída pela idéia de limite (“Grenze”). A opção por uma ou outra teoria é muito bem definida por Mendes:

Uma corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade (e do Estado) tenderá antes para a *teoria externa*. Ao contrário, aquele que vislumbrar uma necessária integração do indivíduo na comunidade, perfilhará a adoção da *teoria externa* (2000, p. 225).

Não só na concepção das características do Estado para com a sociedade que ambas as teorias se desencontram, mas imprescindivelmente no tocante à tomada de posição frente aos direitos fundamentais. Caso se entenda que os direitos fundamentais consagram uma *definitividade* (regra),¹⁵ então se adotará a *teoria interna*. Em contrapartida, se os direitos fundamentais são catalogados como normas axiologicamente mais abstratas (por exemplo, princípios), estar-se-á diante da *teoria externa*.¹⁶

¹⁴ Ambos como categorias autônomas.

¹⁵ Não se olvida que regras podem também possuir um padrão abstrato, tal qual o que Alexy (1989) conceitua como princípios. Ver, para isso, Ávila (2004).

¹⁶ De se ver que não se nega que os direitos fundamentais, especialmente os de primeira dimensão – direitos de liberdade (Bobbio, 1992, p. 53) –, não possuam caráter imperativo, tal qual as regras de conduta. Contudo, os direitos catalogados nas outras dimensões, em sua maioria (para não dizer a totalidade), são normas axiologicamente mais abstratas do que as regras que impõe padrões de conduta, o que para a teoria clássica (Alexy) são tidos como *princípios*. Não esquecendo que os direitos fundamentais podem, ainda, pertencer a uma terceira categoria, qual seja, serem postulados, como por exemplo, o direito fundamental de igualdade (Ávila, 2004, p. 101).

Robert Alexy, diante das duas teorias em questão, opta pela teoria externa, uma vez que, segundo o autor, mostra-se mais apropriada ao modelo dos princípios (1989, p. 271). Assim, o autor propõe a seguinte classificação das restrições dos direitos fundamentais: *restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas)* e *restrições indiretamente constitucionais* (1989, p. 276-286). Resumidamente, de acordo com a teoria do autor citado, as restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional, ou seja, aquelas contidas no limiar normativo da Carta Política fundamental (Alexy, 1999).

Outra sistematização das relativizações dos direitos fundamentais proposta e que se adapta aos países cujo modelo jurídico segue a linha romano-germânica do “rule of law” é a de José Joaquim Gomes Canotilho (2002).¹⁷ O autor expõe que existem, numa “sistematização de limites”:

[...] (1) restrições constitucionais directas ou imediatas = restrições diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais; (2) restrições estabelecidas por lei, mediante autorização expressa da constituição (reserva de lei restritiva); (3) limites imanentes ou implícitos (=limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos) (2002, p. 1260-1261).

Cumpra, nesse espaço, fazer ressalva quanto aos “limites imanentes”. Admitir os limites implícitos sem um método de aplicação seguro e bem delimitado pode ser um passo à restrição das garantias e dos direitos fundamentais sem o menor critério lógico-jurídico, caindo no abuso. Corre-se o risco, assim, de relativizar os direitos fundamentais sob qualquer pretexto. O próprio autor da classificação acima exposta faz aviso acerca do perigo da falta de regras prévias à aplicação dos “limites imanentes” (Canotilho, 2002, p. 1266). Em síntese: os limites implícitos retirar-se-iam das próprias normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais, mais especificamente dos seus “núcleos duros”.¹⁸ No limiar do confronto entre os vários âmbitos de proteção, os próprios núcleos intangíveis são limitadores dos direitos fundamentais e propostas metódicas prévias à aplicação (segura) da teoria dos limites implícitos (Canotilho, 2002).¹⁹ Vieira de Andrade (1998, p. 215-219) considera os limites imanentes como balizas dos direitos fundamentais definidas pelo próprio legislador constituinte. O programa normativo dos direitos fundamentais cria estas fronteiras e as estabelece, dando maior segurança ao interprete. De se perceber que esse esboço possui âncora na teoria interna das restrições aos direitos fundamentais (já comentada), ou seja, que os limites encontram-se no próprio bojo do âmbito de proteção.

¹⁷ As demais classificações que se sucedem, como, por exemplo, a de Edilson Farias (2004, p. 37), em verdade, são variantes do modelo proposto pelo autor português em questão, sendo dispensável, ao menos em nível de artigo científico, suas análises.

¹⁸ Tal tópico será melhor trabalhado quando se abordará o que se entende por “núcleo duro” dos direitos fundamentais e demais consectários do tema.

¹⁹ Na mesma linha, Jorge Miranda (1988, p. 303) e Suzana Toledo de Barros (2000, p. 168-170).

Após a descoberta dos bens jurídicos tutelados, verificar-se, segundo Canotilho (2002), se a própria regra constitucional possui restrições (expressas ou implícitas), ou se outras regras fora do âmbito constitucional apregoam restrições, tudo de acordo com o procedimento legalmente admitido.²⁰ Como já afirmado, Robert Alexy (1989, p. 271) avisa do perigo de adotar tal teoria, uma vez que não há um ponto seguro de diferenciação no sentido do que sejam os “limites” dos direitos fundamentais e o que sejam “restrições”. Para o autor, restrições seriam institutos externos aos direitos fundamentais – verdadeiro processo de relativização. Os limites dos direitos fundamentais são, para o autor, instituto diverso das restrições. Os limites são abstraídos da pesquisa dos âmbitos de proteção. Ou seja, quando se define o *conteúdo* de um direito fundamental se define os seus limites e não suas restrições.

Sistematizando: para a teoria interna, que aceita as limitações tácitas como sendo verdadeiras restrições, a definição do conteúdo de um direito fundamental possui carga relativizadora deste direito. Já para a teoria externa, a definição do conteúdo dos direitos fundamentais é simples delimitação do âmbito de proteção, sendo que outros institutos como a lei, a Constituição Federal, etc. serão causas instrumentais à relativização dos direitos fundamentais.

Em caráter conclusivo, defende-se que ambas as teorias possuem um ponto comum: a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais cria um cerceamento de atuação, uma limitação do âmbito de eficácia de um direito fundamental. Ou seja, somente dentro de certo campo é que haverá tutela. E se isso é *restrição* ou *limitação*, desimporta, uma vez que, desta forma, atuar-se-á em mera oferta de signos diversos à mesma realidade. Ambas as teorias são portadoras de verdade, embora cada qual tenha dois pontos de vista um tanto díspares. O que se pretende, com esse trabalho, é melhor sistematizá-las, obtendo-se como produto, uma teoria cientificamente abrangente e explicativa, deixando de lado meras querelas semânticas.

A *teoria interna* peca por dar um trato definitivo aos direitos fundamentais, concebendo-os como regras – imperativos de conduta (Alexy, 1989). Isso é deveras distante da realidade normativa, uma vez que uma considerável gama de direitos fundamentais²¹ está na abstração

²⁰ Isso porque o ordenamento jurídico não pode ser visto “aos pedaços”, em “retalhos”. Mas sim, em uma verdadeira interpretação sistemática (de completude). Os “retalhos normativos” de cada campo legislativo devem ser “costurados” a fim de formarem uma verdadeira “colcha”, dando completude e visão sistêmica ao processo hermenêutico. Para isso, consultar Juarez Freitas (1995). Conforme expõe Gilmar Ferreira Mendes: “*não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais*” (2000, p. 212).

²¹ Quanto aos direitos de primeira dimensão – direitos de liberdade –, não se nega a sua carga imperativa imediata. Agora, muitos (para não dizer todos) direitos catalogados nas outras dimensões estão arraigados numa categoria mais abstrata que a das regras (Bobbio, 1992, p. 53).

axiológica da principiologia jurídica.²² Por sua vez, a *teoria externa* também não é satisfatória, tendo em vista que dá às relações Estado/sociedade um caráter individualista, igualmente afastado de uma realidade justa e fraterna. Nesse sentido, necessária a formulação de científica teoria que harmonize os disparates apresentados, compatibilizando as realidades sociais presentes no âmago das relações entre o Estado e a sociedade.

Pois bem, na linha de pensamento das teorias externa e interna,²³ entende-se que quanto mais se normatiza um direito fundamental, quanto mais se especifica seu âmbito de proteção, mais se limita/restringe o próprio direito fundamental. Na perspectiva de uma cláusula-geral²⁴ ou de um princípio, por exemplo, estes são tomados, pois, como sendo vetores genéricos, como um mandato de otimização, ordenando algo que deve ser realizado qualitativa e quantitativamente de forma plena, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as normas que contêm conteúdos imperativos de conduta são mais concretas.²⁵ Em regra, o grau de certeza de um princípio e de uma cláusula geral, por exemplo, é diminuto. Como bem refere Judith Martins-Costa, embora tratando de outro tema: “*É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza seria mínimo*” (1998, p. 135). Desta forma, o ponto crucial na relativização dos direitos fundamentais não é saber se a definição do âmbito de proteção sugere uma limitação ou uma restrição,²⁶ mas sim, a forma como isso ocorre e as implicações holísticas que isso provoca.

A partir desta e de outras premissas que se lançará a uma nova visão acerca do tema. Mas antes, ainda resta analisar um ponto acerca da classificação proposta por Canotilho, acima descrita. Quanto às restrições estabelecidas por lei, a poder-se-ia subdividir esse tema em: (1) reserva de lei simples e (2) reserva de lei qualificada (Farias, 2004, p. 38). A chamada “reserva de lei simples” ocorre quando a Constituição Federal não define

²² Ou mesmo os direitos fundamentais radicam postulados normativos, como o da igualdade (Ávila, 2004, p. 101). De se ver que não se nega que hajam direitos fundamentais radicados em regras com alto grau de abstração.

²³ Interna e externa.

²⁴ As cláusulas gerais importam em avançada técnica legislativa de enunciar, através de expressões semânticas relativamente vagas, princípios e máximas que compreendem e recepcionam a mais variada sorte de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já ocorrentes no presente ou ainda por se realizarem no futuro (English, 1998). Ver também artigo de Judith Martins-Costa na *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* (1998).

²⁵ Objetiva-se deixar claro que este trabalho acolhe, na *Íntegra*, as críticas feitas por Ávila (2004, p. 26-43) à divisão (clássica) entre regras e princípios, que possui como expoentes, entre outros, Karl Larenz e Robert Alexy. Isso significa dizer que não se tem como correto o critério de distinção entre uma regra e um princípio, o grau de abstração, até porque, como bem referido por Ávila, um princípio, por vezes, pode ser mais denso que uma regra e vice-versa. Daí porque, para o exemplo citado (e só para o exemplo), optou-se por colocar em âmbito de mesmo grau de abstração, os princípios e cláusulas gerais, não se olvidando que, por vezes, um princípio pode ser mais concreto do que uma regra.

²⁶ Até porque, como demonstrado, isso não refletiu fielmente a realidade.

condições ou qualificações para a lei. A regra constitucional apenas afirma que é possível a restrição, “tout court”. Como exemplo indica-se o artigo 5º, incisos XV²⁷ e LVIII.²⁸ Por outro lado, ocorre a “[...] reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição fixa requisitos ou objetivos para a lei restritiva, e, dessa forma, limita a discricionariedade do legislador ordinário para impor restrição ao Direito Fundamental” (Farias, 2004, p. 38). Exemplificativamente, citam-se os incisos XII²⁹ e XXIV³⁰ do art. 5º da Carta Política de 1988.

Ainda sobre o tema, não se concorda com a afirmação de Suzana Toledo de Barros, quando diz que: “[...] ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despendida a autorização constitucional para tanto” (2000, p. 153). Se fosse seguida a orientação da autora, haveria uma verdadeira “carta branca” ao legislador ordinário manobrar a força normativa dos direitos fundamentais, o que seria uma espécie de “totalitarismo do legislador ordinário”. Há que se ter uma harmonização entre a autonomia do constitucional e a autonomia do infraconstitucional, sendo que nenhuma das duas pode conferir um radicalismo a ponto de que uma autonomia sucumba a outra. É necessária uma vertente conciliadora entre ambas. Portanto, não seriam legitimadoras as restrições impostas somente com base em um hipotético “poder geral de conformação” do legislador (Farias, 2004, p. 39).

Adentrando especificamente no objeto deste estudo, concebe-se que os direitos fundamentais estão em níveis de abstração e, por conseguinte, em níveis de normatização. Nesse sentido, os níveis de relativização estarão estritamente ligados com estes vetores. Para tanto, acertou a *teoria interna* em apreço que os direitos fundamentais possuem um limite. Todo o direito fundamental, ainda que estabelecido como mero padrão ético de conduta, despido de positividade jurídica,³¹ possui um âmbito de proteção e, com isso, limites – ainda que extensos. Mas há limites.

Contudo, não se pode negar que há, também, categorias autônomas de relativização, externas aos direitos fundamentais. Se não se admitisse essa premissa, estar-se-ia negando a possibilidade de restrição dos direitos

²⁷ “XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”

²⁸ “LVIII – o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;” De se ver que este dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 10.054, de 07.12.2000,

²⁹ “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;” Dispositivo regulamentado pela Lei nº 9.296, de 24.07.1996.

³⁰ “XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;” Dispositivo regulamentado pela Lei Complementar nº 76, de 06.07.1993, e Lei nº 8.629, de 25.02.1993.

³¹ E, por tanto, em grau de abstração máximo – primeiro nível de relativização.

fundamentais em “situações constitucionais de crise” – leia-se: estado de defesa ou sítio (artigos 136 a 139 da Constituição Federal de 1988) e intervenção federal ou estadual (artigos 34 a 36 do mesmo diploma). Veja: o direito de reunião possui o seguinte conteúdo: “*todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*”;³² O dispositivo constitucional possui um conteúdo: “*todos podem reunir-se*” – que configura seu “núcleo duro”,³³ Mas o próprio dispositivo traça limites ao seu âmbito de proteção: a reunião deve ser (1) pacífica, (2) sem armas, (3) em locais abertos ao público, (4) não frustre outra reunião marcada anteriormente ao local, (5) exigência de aviso à autoridade. De se ver que, no mínimo cinco limitações foram postas, catalogando seu âmbito de proteção nessas balizas. O que o legislador constituinte deixou foi uma mensagem muito clara: o direito fundamental à reunião é possível, mas... E é esta conjunção subordinada adversativa que invoca os limites do âmbito de proteção.

Mas como se não bastassem os limites ao direito de reunião traçados, ainda são possíveis restrições externas, que não estabelecidas pelo corpo do dispositivo ou por autorização por ele facultada (reserva de lei – qualificada ou simples). Exemplificativamente se têm os artigos 136, I, “a” e 139, IV, ambos da Constituição Federal de 1988, que permitem uma relativização, externa, do direito fundamental à reunião. O próprio artigo 10 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789 assegura a liberdade de pensamento, *desde que não perturbe a ordem pública estabelecida em lei*. Fica evidente que o próprio diploma prevê restrições aos direitos fundamentais (Mendes, 2000, p. 229).

Diante do exposto, remodelando as teorias interna e externa, propõe-se uma nova teoria das relativizações dos direitos fundamentais, a ser denominada: “*Teoria dos níveis de relativização*”. Adota-se, para tanto, a tese de que um direito fundamental possui “profundidade”, o que significa dizer que a medida em que se relativiza, se adentra, ou melhor, se diminui seu âmbito de proteção. Nesse sentido, os direitos fundamentais possuem três níveis principais de relativização, bem como um núcleo duro, inalcançável pela mão relativizadora.

Conforme afirmado, o vetor que direciona a restrição a um direito fundamental é o postulado da proporcionalidade.³⁴ A promulgação da Lei

³² Inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal.

³³ Conceito adiante detalhado.

³⁴ Como bem afirma Humberto Ávila (2004), há inúmeras conceituações acerca dos postulados da concordância prática, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros. Uns os diferenciam, outros os igualam como sinônimos (por exemplo, o Supremo Tribunal Federal). Diante desse impasse e, tendo em vista não ser este o objeto central deste trabalho, optar-se-á por tratar tais signos como sinônimos.

Fundamental de Bonn representa marco inaugural do postulado da proporcionalidade em âmbito constitucional ao colocar o respeito aos direitos fundamentais como núcleo central de toda a ordem jurídica (Tácito, 1996, p. 487). Willis Santiago Guerra Filho (1999) apresenta o *postulado da proporcionalidade* como o topo da hermenêutica constitucional contemporânea, à medida que serve de parâmetro para o sopesamento próprio das questões relativas aos direitos fundamentais.

Tal postulado tem se prestado, precipuamente, para ser exercido na esfera dos direitos fundamentais e de personalidade, sobretudo na efetivação da proteção da liberdade e garantia ao exercício destes direitos: ou seja, especialmente em consonância com princípio da dignidade da pessoa humana. No presente caso, é este o farol jurídico que deve prevalecer à conduta relativizadora dos direitos fundamentais. Suzana de Toledo Barros menciona que: “[...] a adequação dos meios aos fins traduz em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional” (1996, p. 74). Ou seja, na linha de pensamento da autora, o postulado da proporcionalidade dá o limite da profundidade da restrição ao mesmo tempo em que lhe outorga segurança jurídica, uma vez que oferta um método e uma necessária motivação.

Já no tocante ao segundo componente (pela autora chamado de sub-postulado da proporcionalidade), averba que seu pressuposto: “[...] é que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de direito fundamental, e que possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa” (1996, p. 76). Assim, tratando-se de restrições a determinados direitos fundamentais, deve-se indagar se há admissibilidade constitucional de restrições, e quem informa isso é o postulado da proporcionalidade (ou razoabilidade) (Barros, 1996) – valores contidos no artigo primeiro da CF, que consagrou o Brasil como Estado Democrático de Direito. “Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins” (Canotilho, 2002, p. 518). E continua o referido autor: “Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência” (Canotilho, 2002, p. 760).

Em síntese, o que se sustenta é que a razoabilidade permite que haja uma valorização jurídica de justiça, tendo em vista que, quando a Constituição do país impõe aos corpos legislativos o dever de editar leis razoáveis, os obriga a baixarem leis justas, em prol da finalidade pública. Deve-se ver a aplicação da lei muito mais em consonância à equidade e à proporcionalidade. Em analogia, é o mesmo que diz um conhecido bordão norte-americano: “*A lei é como o Hotel Ritz,³⁵ está aberta para todos vinte e quatro horas.*” Ou seja, o que o ditado americano prega é que a lei é para todos, mas nem todos podem valer-se dela senão preenchidos certos pressupostos, ou se exorbitados seus ditames (leia-se ilícito ou abuso de poder). O que se ressalta, é que o postulado da proporcionalidade possui especial importância na fixação do *minimum* invulnerável em caso de colisão entre direitos fundamentais de dois indivíduos, em especial aqueles de terceira geração,³⁶ além de contribuir no estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais. Em síntese conclusiva: o postulado da proporcionalidade dá (1) o limite, (2) o vetor hermenêutico e (3) a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais. É por meio dele que se constrói fundamento permissivo ao movimento relativizador destes direitos.

Nesse sentido, definido o vetor hermenêutico, parte-se aos níveis de relativização, caminho percorrido das partes mais externas (abrangentes) do direito fundamental ao seu núcleo duro. Este “caminho” é proporcionalmente valorado com a abstração deste direito, o que significa dizer que: quanto mais abstrato, mais amplo seu âmbito de proteção, mas menos denso seu conteúdo.³⁷ Há níveis de relativização porque “[...] *uma limitação autônoma dos direitos fundamentais pelo poder executivo ou judiciário é inadmissível*” (Hesse, 1998, p. 253).

Como modelo explicativo, optou-se por dividir os níveis de restrição dos direitos fundamentais em três principais grupos: *abstrato*, *semi-abstrato* e *concreto*. Cada nível de relativização possui uma causa eficaz (que irradia o poder de mutação) e uma causa instrumental (que é a forma procedimental pela qual atua).³⁸ Cada nível de restrição tem seu espaço de

³⁵ Famoso hotel da cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos.

³⁶ Bobbio, Norberto (1992, p. 53): os direitos humanos de primeira geração são aqueles direcionados à tutela dos direitos civis e políticos; nítida característica da revolução francesa. Direitos do indivíduo em contraposição com os poderes do Estado absolutista; os de segunda geração aparecem em cartas constitucionais modernas e tem base em direitos econômicos, sociais e culturais; os de terceira geração são os ditos direitos de solidariedade, tendo titularidade coletiva, ou seja grupos humanos como as instituições sociais; os de quarta geração buscam atingir questões de alta atualidade como os aspectos da biociência, especialmente as manipulações do patrimônio genético dos indivíduos.

Sendo ele menos denso, é menos especificativo, o que impede sua maior coercitividade. A generalidade das regras tende a fazer com que se perca o poder de império de um dispositivo, pois cai num universalismo fraco de coerção, mas abrangente em alcance.

³⁸ A causa eficaz é a que reflete um efeito graças a um poder que possui por sua própria natureza ou por uma característica inerente. Já uma causa instrumental produz um efeito, não por seu próprio poder, mas por

autonomia, ou seja, cada qual possui um *espaço autônomo de atuação* no qual se infletem as causas eficazes e instrumentais pertinentes. Os conceitos de causa eficaz e causa instrumental podem ser bem percebidos em “Ética a Nicômacos” de Aristóteles, do qual se empresa os institutos:³⁹

[...] em relação a todas as faculdades que nos vêm por natureza recebemos primeiro a potencialidade, e, somente mais tarde exibimos a atividade (isto é claro no caso dos sentidos, pois não foi por ver repetidamente ou repetidamente ouvir que adquirimos estes sentidos; ao contrário, já os tínhamos antes de começar a usufruí-los, e não passamos a tê-los por usufruí-los); quanto às várias formas de excelência moral, todavia, adquirimo-las por havê-las efetivamente praticado, tal como fazemos com as artes. As coisas que temos de aprender antes de fazer, aprendemo-las fazendo-as – por exemplo, os homens se tornam construtores construindo, e se tornam citaristas tocando cítara; da mesma forma, tomamo-nos justos praticando atos justos, moderados agindo moderadamente, e corajosos agindo corajosamente. Essa asserção é confirmada pelo que acontece nas cidades, pois os legisladores formam os cidadãos habituando-os a fazerem o bem; esta é a intenção de todos os legisladores; os que não a põem corretamente em prática falham em seu objetivo, e é sob este aspecto que a boa constituição difere da má (2004, p.35-36).

O primeiro nível de relativização denomina-se de *abstrato*; possui como causa eficaz o direito natural, atuando com base nos princípios não-positivados, postulados éticos, etc. (causa instrumental). De se ver que neste nível (primeiro), quase não há restrições ao direito fundamental, sendo seus limites amplos. Conforme afirma Bobbio:

Na boca de Locke e dos jusnaturalistas, a afirmação dos direitos naturais era pura e simplesmente uma teoria filosófica, que não tinha valor senão aquele de exigência ideal, de uma aspiração que poderia se realizar somente quando alguma constituição a acolhesse e transformasse em uma série de prescrições jurídicas (2000, p. 485).

Ninguém duvida que o direito à vida é um direito natural, e que remanesce no âmago dos vários povos da história. Contudo, de acordo com valores éticos e culturais, este direito sofreu maior ou menor relativização. O que se deseja provar é que o direito, por mais abstrato que seja cotejado e por mais amplo que seja seu âmbito de proteção, sempre haverá um *mínimo de relativização*. Por mais abrangente que seja o âmbito de proteção de um direito fundamental, ainda assim haverá casos, por mais que mínimos que sejam, em que se excluirá a aplicação protetiva deste direito.

Voltando ao exemplo: o direito à vida tido como valor universal. Mas ninguém duvida que pode ser relativizado em casos de legítima defesa, por exemplo. Até mesmo a nossa Constituição Federal, tão pródiga quanto a este direito fundamental (artigo 5º, “caput”), permitiu, em situação excepcional, sua relativização (artigo 5º, XLVII, “a”).

um poder que advém da causa principal, e é pela causa instrumental recebida. Exemplificando: quando um carpinteiro faz uma mesa, ele é a causa principal; seus utensílios são as causas instrumentais.

³⁹ O que se pretende com estes institutos é deixar, nas palavras de Ricoeur (1989, p. 243), uma “ação sensata” ao tema abordado, de tal modo que permaneça inteligível ao receptor da mensagem.

Normalmente, o que se percebe é que um direito fundamental pode estar em grau de abstração máxima, sem densidade normativa, e, assim mesmo, não possuir alto grau de relativização. E a premissa, em reverso, também se aplica. Mas há casos, especialmente visualizados no oriente, em que essa regra de proporcionalidade não se aplica. Veja-se: na Índia a relativização do direito fundamental à liberdade é preceito muito mais ético que normativo, permitindo uma barbárie totalitária mediante dominação ideológica. Ou seja, um preceito abstrato, com densidade normativa (positiva) baixa não deixa de se relativizar. O que se quer referendar é que, num primeiro nível (com abstração máxima), há uma relativização ao direito fundamental, ainda que mínima, tanto quando se define os limites de seu conteúdo, quanto a possíveis restrições externas (no exemplo: legítima defesa). Bobbio é esclarecedor nesse ponto:

Não é verdade que os seres humanos nascem livre e iguais. Os seres humanos não nascem livres mesmo que assim pensasse Rousseau, mas sim “acorrentados”, mais do que nunca acorrentados desde o seu nascimento; e muito menos nascem iguais, ainda que apenas em relação aos seus dotes naturais, sem mencionar as condições sociais e históricas. Mas essa expressão não deve ser tomada ao pé da letra, devendo ser interpretada. E, uma vez interpretada, vemos que não é tão óbvia assim. Que os seres humanos nascem livres e iguais, significa, na verdade, que os seres humanos *devem* ser tratados como se fossem livre e iguais (2000, p. 486).

Num segundo nível de relativização, denominado de *semi-abstrato*, encontra-se como causa eficaz a normatização genérica e os princípios positivados, o que demanda dizer que suas causas instrumentais serão os princípios constitucionais e as demais regras com cláusulas gerais, por exemplo. O conceito de cláusula geral já foi abordado anteriormente, fazendo-se, pois, remissão a ele. Os princípios, por sua vez, são definidos como: “[...] *normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a esta realização [...]*” (Ávila, 2004, p. 72). Em síntese: no segundo nível de relativização, as categorias que aqui se encontram estão em um meio-termo entre a máxima abstração e a máxima concreção. Daí, seu grau de relativização é médio.

Por fim, temos o terceiro nível, o mais próximo do núcleo duro dos direitos fundamentais. É denominado de nível *concreto*, cujas causas eficazes são os dispositivos que impingem imperativos de conduta e cujas causas instrumentais são leis, decretos, resoluções, enfim, regras que tomam por base *modelos de conduta*. Sintetizando os dois últimos níveis, vale-se das palavras de Luis Roberto Barroso (embora apegado aos conceitos clássicos de regra e princípio):

[...] a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-

disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema (Barroso, 1998 p. 141).

Essencialmente, a tarefa dos níveis de relativização dos direitos fundamentais radica na pretensão de uma harmonia social.

Tarefa dos das limitações dos direitos fundamentais é de coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade; além disso, elas devem coordenar as condições garantidas pelos direitos de liberdade a outras condições de vida que, do mesmo modo como aquelas, são essenciais para a vida da coletividade e, por causa disso, são protegidas juridicamente, ou devem ser protegidas juridicamente (Hesse, 1998, p. 255).

Como bem salienta o autor, o mister de harmonizar os vários limites e cruzamentos dos direitos fundamentais é conferido à *concordância prática* (Hesse, 1998, p. 255).

Por fim, abre-se espaço ao fato de que os direitos fundamentais, como conquistas históricas, não podem sofrer um retrocesso – *princípio do não retrocesso* (Sarlet, 2001a). Daí advém a premissa de que possuem um *núcleo duro*, o qual não pode sofrer a penetração dos vetores restritivos dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais conservam um mínimo eficaz, jamais retirado; um *núcleo duro* que não pode ser relativizado; uma garantia máxima do cidadão contra a supressão (total) de um direito fundamental; uma espécie de chama eterna que mantém aceso, para sempre, um direito fundamental conquistado, ainda que em eficácia mínima. Conforme Mendes (2000, p. 231), o princípio da proteção do núcleo essencial é um “escudo” contra as inflexões restritivas do legislador, por exemplo, no âmbito dos direitos fundamentais. Assim, também os vários núcleos duros passam a ser os limites de restrição que se perfazem no âmbito da concordância prática. Ou seja, quando se harmonizam os direitos fundamentais, havendo, como produto hipotético, a prevalência de um direito fundamental sobre outro, os limites dessa “prevalência” são estabelecidos por todos os outros núcleos duros dos demais direitos fundamentais.

Está-se, pois, diante da teoria alemã dos “limites dos limites” (“*Schranken-Schranken*”), o que se concebe, aqui, como núcleo duro. Tal perfaz uma diretriz hermenêutica, comparada aos “olhos de gato” das estradas, os quais conferem direção e sentido aos viajantes. Assim é o núcleo duro. Na Alemanha é conhecido como “núcleo essencial” (“*Wesensgehalt*”). Conforme destaca Gilmar Ferreira Mendes: “*Esses limites decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação e proporcionalidade das restrições impostas.*” (2000, p. 241). Com o perigo de que a ação restritiva possa esvaziar os

direitos fundamentais, criaram-se necessárias *garantias institucionais*, determinando-se que certos direitos tenham um mínimo de sua essência garantida.⁴⁰

Dois modelos básicos concebem os núcleos duros dos direitos fundamentais. O primeiro, sob a égide da *Teoria Absoluta*, entende que o núcleo destes direitos é uma unidade substancial autônoma (Mendes, 2000, p. 242). Há um espaço, no limiar do âmbito de proteção, que está a salvo de atividades relativizadoras. Ou seja: há um espaço em que o poder restritivo pode atuar e um outro espaço intangível, jamais relativizado (Gavara de Cara, 1994, p. 331). Há uma espécie de “limite do limite”. Já a *Teoria Relativa* prega que o núcleo essencial há de ser definido casuisticamente, de acordo com a medida restritiva que o caso concreto consigna. O núcleo essencial seria definido pelo procedimento de meios e fins, lastreado na proporcionalidade (Mendes, 2000, p. 244). Conforme dispõe Gavara de Cara: “o conteúdo essencial não é uma medida preestabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais.” (1994, p. 331)

Como observa Mendes (2000, p. 245), ambas as teorias possuem fragilidades. A primeira, por dar um conceito universal, que se fragiliza por não alcançar todas as hipóteses postas, caindo no vazio da sua abstração. A segunda, por sua vez, peca por dar margem a uma flexibilidade extrema, deixando os direitos fundamentais de serem, assim, os eixos centrais do arcabouço jurídico.

Há também a fórmula conciliadora de Hesse (1998), que afirma a possibilidade de se flexibilizar o conteúdo do núcleo duro pelo postulado da proporcionalidade (*Teoria Relativa*), o qual protege das limitações desarrazoadas, embora o direito fundamental não possa, com isso, ser esvaziado (*Teoria Absoluta*). (Mendes, 2000, p. 245-246). O modelo que se propõe possui uma aproximação com ambas as teorias, na linha do disposto por Hesse (1998). Isso porque, o núcleo duro será variável casuisticamente pelo postulado da proporcionalidade (*níveis de relativização*), mas conservará um mínimo de proteção, um mínimo que jamais sucumbirá pela mão restritiva. A possibilidade de restrição e a garantia (mínima) de um direito fundamental, postas em choque, merecem sejam harmonizadas pela *concordância prática* (Hesse, 1998, p. 262). O autor afirma que: “O ‘conteúdo essencial’ de um direito fundamental começa, portanto, lá onde as possibilidades diferenciadoras – de limitação administrativa terminam. Como uma limitação de direitos fundamentais inadmissível já como tal é inconstitucional [...]” (Hesse, 1998, p. 267).

⁴⁰ A Lei Fundamental de Bonn vincula expressamente o legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1º, III). No art. 19, II, desta carta fundamental de direitos, consagrou-se a proteção do núcleo duro dos direitos fundamentais, talvez porque o povo alemão estava escaldado com os abusos do nacional-socialismo e resgatava os anseios esquecidos da Constituição de “Weimar” (Mendes, 2000, p. 242).

Por fim, cabe referir que a harmonização das causas eficazes e instrumentais dos níveis de relativização, bem como o movimento de profundidade que percorre, verticalmente, estes níveis, também possui uma causa eficaz e outra instrumental. A causa eficaz será o poder judiciário, último intérprete das leis, agindo por meio da hermenêutica, ou seja, mediante o postulado da proporcionalidade,⁴¹ porque “[...] uma restrição de direito fundamental deve estar ajustada ao perigo, que deve ser combatido [...]” (Hesse, 1998, p. 256). Na mesma linha, apregoa o autor que: “[...] para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, prevê o direito vigente, por último, um controle amplo de sua observância pelo poder judiciário” (Hesse, 1998, p. 269). Assim, fica a cargo do poder judiciário a harmonização das causas eficazes e instrumentais dos níveis de relativização dos direitos fundamentais.

Por todo o exposto, necessária uma nova tomada de posição frente à temática exposta, que reflita, com maior abrangência, os reclames da atualidade e permita que se concretizem paradigmas adaptados à delicadeza da matéria em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomacos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Postulado da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- . *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 2002.

⁴¹ Causa instrumental.

- ENGLISH, KARL. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FARIAS, Edílson. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.
- . *Liberdade de expressão e comunicação – teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FRANÇA, Ricardo Limongi. Artigo inserto na RT 613/29.———. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 48.
- FREITAS, Juez. *Interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1983.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- . *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, v. 15, p. 129 a 154, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, Tomo IV.
- RICOUER, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés Editora, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001a.
- . *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.
- SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *Consenso e tipos de estado no ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- TÁCITO, Caio. O Princípio da Razoabilidade das Leis. *Estudos Jurídicos – Revista Forense*, São Paulo, n. 335, p. 487-499, jul./set. de 1996.