

RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DE UMA DECISÃO DO STF (ADPF 130)

Jairo Gilberto Schäfer[†]

Karine da Silva Cordeiro[‡]

1. INTRODUÇÃO



presente ensaio aborda alguns aspectos da discussão envolvendo as restrições aos direitos fundamentais na ótica do regramento jurídico que se lhe foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, na qual se discutiu a recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988¹. A partir da metodologia de estudo de caso², serão enfrentadas questões teóricas ligadas à conceituação e delimitação dos direitos fundamentais, tendo-se por objetivo final esclarecer as hipóteses constitucionalmente adequadas de restrições aos direitos fundamentais e os respectivos métodos de controle da atividade restritiva infra-

[†] Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do IDP. Mestre em Direito Constitucional pela UFSC. Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz Federal da 4^a Região, atualmente exerce as funções de Juiz Auxiliar da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

[‡] Professora de Direito Administrativo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da PUC/RS. Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da PUC/RS. Juíza Federal Substituta da 4^a Região.

¹ Julgada em 30/04/2009, DJe de 05/11/2009. Inteiro teor do acórdão disponível em www.stf.jus.br.

² Sobre a metodologia do caso concreto, consulte-se *Metodologia do ensino jurídico com casos. Teoria e prática* (ZITSCHER, 2004).

constitucional.

2 ADMISSIBILIDADE TEÓRICA DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A compreensão de que os direitos fundamentais são limitáveis, dada a inexistência de direitos absolutos, tornou-se corrente. No entanto, embora essa idéia seja amplamente aceita, percebe-se que a doutrina ainda não chegou a um consenso³ sobre o caminho a ser seguido no que concerne aos métodos aplicáveis à intervenção nesses direitos, sendo que, muitas vezes, utilizam-se determinadas expressões como se estivessem destacadas de qualquer pressuposto teórico ou, ainda, empregam-se conjuntamente termos incompatíveis entre si. Fala-se, por exemplo, em *restrições*, *limites*, *limites iminentes*, *conformação*, às vezes para tratar do mesmo fenômeno (DIÉZ-PICAZO, 2003).

3. ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO.

Embora estejam interligados, restrição e âmbito de proteção dos direitos fundamentais não são conceitos que se confundem; tampouco o âmbito de proteção equivale à proteção efetiva ou definitiva do direito. O *âmbito de proteção* de um direito fundamental é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção, ou seja, é a extensão da proteção constitucional, o próprio conteúdo material desse direito (MENDES, 2000).

Alguns doutrinadores tratam indistintamente *âmbito de proteção* e *suporte fático*. Para outros, o âmbito de proteção é apenas uma parte do suporte fático da norma de direito fundamental. Este, para ALEXY (2008), é composto de dois elemen-

³ Dentre as monografias específicas sobre o tema no cenário nacional, ver A (de)limitação dos direitos fundamentais (PAULA, 2001).

tos: o *âmbito de proteção* (aquilo que é protegido pela norma, ou seja, ações, características, situações ou posições) e a *intervenção* (aquilo contra o qual é protegido, como o embaraço, a afetação e a eliminação, sendo que, em regra, a intervenção provém do Estado).

De qualquer sorte, a distinção entre âmbito de proteção e suporte fático não assume maior relevância para os fins desta pesquisa. Aqui, o que importa destacar é o que eles têm em comum quando utilizados em contraposição ao conceito de restrição: ambos “dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições” (ALEXY, 2008, p. 302).

A doutrina ainda se move entre a adoção de um *âmbito de proteção restrito* e um *âmbito de proteção amplo*. Evidentemente que, quanto mais amplo for o âmbito de proteção considerado, maior a probabilidade de se qualificar as ações estatais como restrições, e vice-versa. A precisa delimitação do que seja o âmbito de proteção de cada direito é tarefa bastante árdua de ser estabelecida na prática, pois exige a integração de diversos elementos complementares (teóricos e fáticos). Isso não justifica, por outro lado, ignorar a sua existência como categoria autônoma.

Na verdade, somente se poderá falar em restrições ao exercício de um direito fundamental depois de delimitado o seu âmbito. Segue-se, portanto, posição diversa da defendida por SILVA (2009) quanto à adoção de um “suporte fático amplo” que não permite exclusões *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. É que há casos em que o preceito constitucional evidentemente não alberga determinadas situações, formas ou modo de exercício, tais como naqueles exemplos citados por ANDRADE (2009), como a possibilidade de efetuar sacrifícios humanos em relação à liberdade religiosa. Porém, dada a dificuldade dessa delimitação, deve ser considerado que toda a situação potencialmente cober-

ta pelo valor constitucionalmente proclamado merece, *prima facie*, estar efetivamente protegida, a partir da eficácia expansiva inerente aos direitos fundamentais (DIÉZ-PICAZO, 2003).

Na ADPF 130, o Ministro Joaquim Barbosa, apesar de não consignar a expressão “âmbito de proteção”, presumiu a sua existência e demonstrou a tendência de considerá-lo amplo. Isso fica evidenciado quando ele indaga se a Constituição protege o discurso que visa a fazer apologia de preconceitos de raça ou de classe, para, em seguida, manifestar o entendimento de que a exclusão da integralidade da Lei do ordenamento jurídico, notadamente do § 1º do art. 1º⁴, equivale, na prática, a “admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos atingidos”⁵.

O Ministro parte, portanto, de um âmbito de proteção amplo, já que, para ele, a ausência de disposição legal restritiva no que tange aos chamados discursos de ódio implica o reconhecimento de que a proteção constitucional da liberdade de imprensa compreende o direito de manifestação de preconceitos de raça. Adeptos de um âmbito de proteção restrito diriam que é o próprio preceito constitucional que não protege essa forma de exercício do direito fundamental em causa⁶.

Na mesma linha do Ministro Joaquim Barbosa, mas de modo mais claro, foi o voto do Ministro Celso de Mello: a liberdade de imprensa reveste-se de conteúdo abrangente, sem, todavia, “compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil”⁷.

⁴ Cujá redação é a seguinte: “Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou de classe”.

⁵ p. 112 e 113.

⁶ ANDRADE (2009, p. 275-276) exclui, do âmbito de proteção da liberdade de expressão, injuriar uma pessoa através de afirmações falsas.

⁷ Os grifos foram acrescentados (e excluídos os do original), p. 148 e 159.

4 TEORIAS DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Por trás do debate acerca das restrições a direitos fundamentais, contrapõem-se, basicamente, duas teorias: a *teoria interna* e a *teoria externa*. Estas não são as únicas, porém são as mais importantes, sendo que as demais teorias partem de pressupostos comuns com algumas variações, pelo que, e considerando o objetivo deste ensaio, basta o exame daquelas.

A *teoria interna* defende que as restrições dos direitos fundamentais integram o próprio núcleo protetivo do direito. Há, desde o início, o direito com seu conteúdo determinado, ou seja, “hay solo un objeto normativo: un derecho con sus límites concretos” (BOROWSKI, 2003, p. 68). Todas as possíveis intervenções no direito fundamental estão justificadas na própria estrutura conformadora do mesmo, cuja delimitação é um processo interno, sem qualquer interferência externa. Assim, como para esta teoria o alcance do direito é definido de antemão, a restrição se torna desnecessária e até mesmo impossível. A ideia de restrição, desse modo, é substituída pela de limite. E é nesse sentido que se fala em limites iminentes.

Mas não é só. Conforme destaca SILVA (2009), a concepção preconizada pela teoria interna, além de incompatível com a noção de restrições, também não convive com a ideia de colisão de direitos fundamentais e, por conseguinte, não segue a chamada *teoria principiológica dos direitos fundamentais*. Ao revés, prossegue SILVA (2009), a estrutura normativa dos direitos definidos a partir do enfoque da teoria em causa será, sempre, a de regras, ou seja, segue o raciocínio do tudo-ou-nada e não pode ser objeto de sopesamentos. Não há que se falar em direitos *prima facie*, existindo apenas direitos definitivos.

HÄBERLE (2003), um dos principais expoentes da teoria

interna, também adota o conceito de limites imanentes, pelo qual a concretização dos limites admissíveis aos direitos fundamentais não é um processo que os afete a partir de fora. Entre os direitos fundamentais e seus limites existe uma relação estreita, a tal ponto que, como afirma o constitucionalista germânico, “los límites inmanentes son los límites que se corresponden con el contenido esencial o cerca a éste”. Em uma frase: “Los derechos fundamentales son garantizados ‘solamente’ dentro de los límites a ellos inmanentes” (HÄBERLE, 2003, p. 57 e 58).

Depreende-se daí que para essa teoria é possível estabelecer, *a priori*, uma precedência entre direitos fundamentais, através de uma hierarquia axiológica em abstrato. Ou seja, considera-se que determinado direito fundamental, com seus contornos previamente delimitados pela Constituição, não entre em colisão com outros direitos. Eventual conflito entre eles será apenas aparente, já se sabendo, desde sempre, que a realização de um precederá a do outro, em qualquer circunstância, assumindo caráter de absoluto.

Foi exatamente essa a linha de raciocínio do Ministro Carlos Britto no julgamento da ADPF 130, da qual foi o Relator, embora sem referência expressa à teoria interna. A maioria dos Ministros seguiu a conclusão do Relator quanto a não recepção da Lei de Imprensa, em sua integralidade, pela ordem constitucional de 1988. Contudo, vale registrar, nenhum deles o acompanhou nos fundamentos que serão objeto de análise neste trabalho, e, destarte, tais fundamentos não refletem a jurisprudência do STF. O voto é citado, aqui, porque reflete a influência das teses centrais da teoria interna na mais alta corte do país.

Pois bem, depois de discorrer sobre a importância intrínseca da liberdade de imprensa em todos os países de democracia consolidada, entendeu o Relator, em seu voto, que o art. 220 da Constituição *radicaliza e alarga* o regime de atuação de

plena liberdade de imprensa, ao estabelecer que a liberdade de criação, expressão e informação “*estão a salvo de qualquer restrição* em seu exercício” e que “tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição”. Trata-se de uma liberdade, diz ele, “que a nossa Lei Maior concebeu em *termos absolutos*”⁸.

Mais adiante, o Ministro explica como se deve dar a incidência, de um lado, da liberdade de imprensa e, de outro, das disposições dos incisos IV, V, X, XIII, XIV do art. 5º: precedência incondicional do que denomina *sobredireitos* de personalidade (manifestações do pensamento); somente após assegurados estes direitos “é que se passa a cobrar de tais *sobre-situações* jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana”.⁹

Coerente com a tese adotada até aqui, o Ministro afasta a teoria dos princípios e explicita a relação de primazia ou de precedência das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* em face dos demais direitos fundamentais e princípios constitucionais: a semelhantes direitos não se aplica a cláusula de otimização (“realização na maior medida possível”), uma vez que a “precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta”¹⁰, estabelecendo uma hierarquização axiológica absoluta.

Como se vê, o Ministro Carlos Britto entendeu que a liberdade de imprensa tem seus contornos definitivamente delimitados pela Constituição, não estando sujeita a qualquer outra interferência, tal qual preconizam os adeptos da teoria interna. Por conseguinte, esse direito jamais entrará em conflito com outras normas constitucionais, não se submetendo aos critérios de ponderação. Ao revés, a sua tipologia normativa, asseverou

⁸ Grifos acrescidos.

⁹ Grifos do original e acrescidos, p. 45.

¹⁰ Grifos do original e acrescidos, p. 61-62.

o Ministro, está bem mais próxima do conceito de “normas-regras”, assumindo uma posição de precedência em abstrato relativamente aos demais direitos.

Uma das críticas mais contundentes à teoria interna é feita por ALEXY (2008), que ressalta o paradoxo que se instaura ao se adotar, como ponto de partida, posições definitivas. De fato, quando se parte exclusivamente de posições definitivas, a conclusão necessária a que se chega é a de que as posições de direitos fundamentais nunca podem ser restringidas, enquanto os bens constitucionalmente protegidos podem. Além disso, a dificuldade em se distinguir o que é protegido daquilo que não o é gera uma diminuição da força protetiva dos direitos, liberdades e garantias, nas palavras de MIRANDA (2008), dada insuficiência das ferramentas de controle das restrições.

Diversamente da teoria interna – que, lembre-se, considera haver uma única estrutura, a do direito *com* suas restrições –, a *teoria externa* supõe que existem “dos términos jurídicos diferentes. El primer término es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho” (BOROWSKI, 2000, p. 31). Entre estes dois elementos se estabelece uma relação especial, qual seja, a da restrição. Como resultado dela, obtém-se o direito definitivo. Esses limites e restrições são colocados *de fora*, são *externos*, daí a designação de *teoria externa* (NOVAIS, 2006).

A relação entre direitos *prima facie* e restrições não é indispensável à existência dos direitos fundamentais, mas decorre de uma necessidade externa ao direito: compatibilizar direitos individuais e bens coletivos (MENDES, 2000). Parte-se da distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva. *Prima facie* os direitos fundamentais abrigam uma cláusula de maximização. Neste momento, a possibilidade restritiva não lhe é intrínseca. A restrição somente ocorrerá *a posteriori*, quando da compatibilização concreta dos diferentes interesses, princípios e valores igualmente protegidos pela Constituição.

Desse modo, mantém-se a distinção entre direito fundamental e suas restrições, ficando claro que, embora seja externa ao direito em si, a restrição sempre deverá ter fundamento na própria Constituição, como observa LA CRUZ (2000).

A partir daí, afere-se que a teoria externa é a que oferece o melhor caminho, inserindo a ponderação “como metodologia necessariamente presente em qualquer dogmática constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais nos nossos dias”, na posição de NOVAIS (2006, p. 357)¹¹. Ou, como prefere ALEXY (2008), através de um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o princípio que o restringe.

Seguindo essa linha, e em sentido oposto ao da teoria interna, não é possível falar em precedência constitucional apriorística entre os direitos fundamentais. Somente nos casos concretos, ponderando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes, é que será possível chegar ao direito definitivo.

Na ADPF 130, outra vez sem expressa remissão à teoria adotada, parte dos Ministros seguiu os pressupostos dogmáticos da teoria externa. Dentre eles, destacam-se, na ordem da votação, os Ministros Menezes Direito, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Em seu voto, o Ministro Direito chamou a atenção para o necessário equilíbrio que deve haver entre a liberdade de comunicação e o respeito aos direitos da personalidade, a provocar a incidência de um processo de ponderação, mediado pelo Estado. Com isso, o Ministro rejeitou a conclusão do Relator do acórdão, que havia conferido à liberdade de imprensa uma

¹¹ Vale ressaltar que NOVAIS (2006) trata, em item separado de sua obra, a teoria de Alexy, por considerar que ela não se enquadra nem na teoria interna nem na externa, conforme p. 322-353. O próprio constitucionalista português, aliás, segue uma teoria dita alternativa, que não acolhe integralmente os pressupostos da teoria externa tampouco adere de forma incondicional ao que ele chama de “modelo autónomo alternativo” de Alexy (p. 335, nota de rodapé n. 600). Sem embargo, para os fins deste trabalho, é possível relacionar ambos dentre os adeptos na teoria externa.

primazia absoluta sobre os demais direitos fundamentais.

O Ministro Celso de Mello também ressaltou que, no sistema constitucional brasileiro, não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto. Razões de relevante interesse público e o princípio da convivência das liberdades legitimam a adoção de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. Em outras palavras, o Ministro considerou que os direitos fundamentais podem ser restringidos por fatores que lhes são externos, mas que integram a Constituição, sobretudo pelo confronto com outras liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica.

A ideia de calibração temporal ou cronológica proposta pelo Relator fica afastada no voto do Ministro Celso de Mello, para quem os antagonismos constitucionais existentes entre princípios constitucionais, como aqueles concernentes à liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, são superados com a utilização do método da ponderação de bens e interesses em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta. A partir daí, será possível definir, em cada caso, qual direito deve prevalecer.

Por fim, releva mencionar o voto do Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual o “constituente de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo”¹². Cuida-se, também para ele, de uma colisão de direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão e de comunicação; de outro, os direitos de personalidade constitucionalmente protegidos. A solução passa pelo processo de ponderação, não havendo primazia absoluta de um ou outro direito ou princípio. Pelo contrário, a precedência de um deles fica condicionada às circunstâncias que presidem o caso concreto (princípio da precedência condicionada).

¹² p. 225.

5 CONCEITO DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Definido o que se entende por âmbito de proteção e suporte fático, bem como explicitadas as teses centrais da teoria interna e da teoria externa, já é possível chegar a um conceito de restrições a direitos fundamentais. Nesse intento, NOVAIS (2006) começa por apresentar uma concepção abrangente de restrições: ação ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental. No âmbito específico dos direitos negativos, em que se centra este trabalho, é possível distinguir, ainda de acordo com NOVAIS (2006), as *restrições em sentido estrito* e as *intervenções restritivas*. Enquanto aquelas são impostas de forma geral e abstrata, implicando uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo objetivo do direito fundamental; estas afetam negativamente o conteúdo da posição individual, permanecendo inalterada, em princípio, a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo objetivo do direito.

Para fins deste estudo, considera-se restrição a limitação ou diminuição do conteúdo material do direito fundamental, seja ela geral e abstrata ou individual e concreta. Pressupõe-se, assim, que primeiro se deve identificar o âmbito de proteção do direito fundamental (o direito *prima facie*). É sobre essa dimensão que a restrição, como elemento externo ao direito, vai interferir negativamente, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional correspondente.

6 TIPOS DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 RESTRIÇÕES EXPRESSAS NA CONSTITUIÇÃO.

As restrições expressas no texto constitucional (ou restri-

ções diretamente constitucionais) não oferecem maiores dificuldades. Essa espécie de restrição ocorre quando é a própria Constituição que, ao mesmo tempo em que concede um direito fundamental, delimita a abrangência normativa desse direito ou restringe o seu exercício.

Trata-se da forma mais legítima de restrição a um direito fundamental, na medida em que promovida pelo mesmo órgão político que concedeu o direito. De fato, as restrições diretamente constitucionais são o resultado dos juízos de ponderação feitos pelo próprio constituinte¹³, que, antecipando as situações hipotéticas de conflito entre direitos fundamentais, interesses e bens constitucionalmente protegidos, opta pela precedência de um deles. Os direitos *prima facie*, então, são convertidos em direitos definitivos por obra do legislador constitucional.

Segundo CANOTILHO (2006), essas normas constitucionais são, simultaneamente, *normas de garantia de direitos*, porque reconhecem e garantem determinado âmbito de proteção ao direito fundamental, e *normas restritivas*, porquanto estabelecem imediatamente restrições a esse âmbito de proteção constitucionalmente demarcado.

Na prática, todavia, é muito complicado distinguir as disposições que fixam os contornos do âmbito de proteção do direito fundamental das restrições diretamente constitucionais. Em virtude disso, NOVAIS (2006) considera que qualquer limite que resulte diretamente da Constituição em sentido formal constitui mera delimitação do próprio conteúdo constitucional do direito fundamental, e não verdadeira restrição.

6.2 RESTRIÇÕES INDIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS.

¹³ Em alguns casos, o legislador constituinte fez todas as ponderações que havia de fazer, não deixando qualquer margem residual para os poderes constituídos, e, assim, as normas assumem a natureza de regra, a exemplo da proibição de pena de morte ou prisão perpétua (NOVAIS, 2006, p. 275).

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas criadas no plano infraconstitucional com base em autorização expressa na Constituição. Cuida-se daquelas hipóteses em que o texto constitucional expressamente permite que uma norma de grau hierárquico inferior afete negativamente o âmbito de proteção de um direito fundamental. São as chamadas reservas de lei restritiva.

A estrutura da norma constitucional em causa é diferente da estrutura da norma imediatamente restritiva, vista no tópico supra. Ainda seguindo CANOTILHO (2006), a primeira norma é ao mesmo tempo uma *norma de garantia* e, eis a diferença, uma *norma de autorização de restrições*, porque autoriza o legislador a estabelecer restrições ao âmbito de proteção constitucionalmente garantido.

Considerando o grau de liberdade concedido pela Constituição ao legislador ordinário, as reservas legais são classificadas em *reservas legais simples* e *reservas legais qualificadas*¹⁴. Aquelas atribuem uma competência mais ampla de restrição, na medida em que se limitam a prever a possível superveniência de norma infraconstitucional restritiva, sem impor condições ou fins específicos a serem cumpridos. As reservas legais qualificadas, em contrapartida, reduzem a margem de discricionariedade do legislador, exigindo-lhe que observe as condições e objetivos em nome dos quais as restrições foram autorizadas (SARLET, 2009).

A Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais através de reserva legal simples em diversos de seus dispositivos. E assim o faz valendo-se de expressões como *nos termos da lei* (a exemplo do art. 5º, VII e XLV), *na forma da lei* (como no art. 5º, VI), *salvo nas hipóteses prevista em lei* (art. 5º, LVII). Exem-

¹⁴ NOVAIS (2006, p. 281) refere, ainda, a *reserva de lei geral*, que seria aquela em que a Constituição remete a possibilidade de restringir o direito fundamental à lei geral, designadamente à lei penal.

plo clássico de reserva legal qualificada é a prevista no inciso XIII do art. 5º. Este preceito consagra o direito fundamental à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, porém o submete ao atendimento das *qualificações profissionais que a lei estabelecer*. A autorização restritiva, portanto, fica limitada ao estabelecimento de requisitos atinentes à qualificação profissional¹⁵.

A possibilidade de intervenção no âmbito de proteção da liberdade de informação, sobretudo em face da proteção do direito à imagem, à honra e à intimidade, é objeto de acirrada controvérsia. E, ao que parece, a polêmica não restou dissipada na ADPF 130. O problema decorre do fato de a Constituição não contemplar, de forma explícita, autorização para que o legislador fixe parâmetros para o exercício da liberdade de informação (art. 220).

A interpretação dada pelo Relator da ADPF, o Ministro Carlos Britto, foi no sentido de que o art. 220 não comporta qualquer tipo de reserva legal, seja simples, seja qualificada. Para ele, ao contrário, o dispositivo estabelece que a liberdade de pensamento, criação, expressão e informação (direitos de

¹⁵ No RE nº 511.961, o STF decidiu que a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista consubstancia uma restrição inconstitucional às liberdades de profissão, expressão e informação e, assim, declarou que o art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/69 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Este acórdão assume especial importância por enfrentar, de modo explícito, a questão das restrições indiretamente constitucionais aos direitos fundamentais e o controle da atividade restritiva do poder público a esses direitos através do princípio da proporcionalidade e da garantia do núcleo essencial. Nele, o Tribunal distingue o âmbito de proteção do direito das suas restrições, seguindo, portanto, a teoria externa, bem como estabelece que o inciso XIII do art. 5º veicula uma reserva legal qualificada, prescrevendo à lei apenas a definição legal das qualificações profissionais e, ainda assim, na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas (Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17/06/2009, DJe publicado em 13/11/2009).

personalidade) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, que não se sujeita a outras disposições senão aqueles preceitos constitucionais citados no § 1º. De acordo com o Ministro, a liberdade de informação jornalística implica a interdição da atividade legiferante do Estado quanto a duas dimensões: o tempo de início e de duração de seu exercício e a sua extensão ou tamanho de seu conteúdo. Enquadrar-se-ia na categoria das “normas irregulamentáveis”.¹⁶

Sem definir se haveria uma reserva simples ou qualificada, a Ministra Ellen Gracie reconheceu ser válida a coexistência de normas constitucionais que asseguram a liberdade de informação juntamente com uma legislação ordinária definidora de limites da atividade de imprensa. Sempre caberá ao Judiciário, ressaltou a Ministra, controlar a constitucionalidade das disposições legais, a fim de impedir restrições arbitrárias ou aleatórias.

O Ministro Celso de Mello sublinhou que a Constituição legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas, desde que observados os parâmetros referidos no § 1º do art. 220. A ressalva feita pelo Ministro deixa transparecer que, a seu ver, trata-se de reserva legal qualificada.

O Ministro Gilmar Mendes, no mesmo sentido do que já havia expressado no campo doutrinário, foi um pouco mais além e afirmou que a Constituição não apenas legitima, mas exige a intervenção legislativa. Segundo o Ministro, a formulação aparentemente negativa do § 1º do art. 220 expressa, na verdade, uma reserva legal qualificada, autorizando a interferência do legislador para estabelecer restrições à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais.

Em suma, à exceção do Relator e do Ministro Eros Grau,

¹⁶ p. 66.

que o acompanhou sem reservas, os demais integrantes do STF manifestaram, de uma forma ou de outra, a possibilidade de atuação legislativa na matéria em debate na ADPF. Em face disso, conquanto não se possa afirmar que a polêmica está encerrada, é possível vislumbrar ao menos uma tendencial convergência entre os Ministros acerca da existência de autorização constitucional para que uma norma de grau hierárquico inferior estabeleça restrições à liberdade de expressão em geral, e à liberdade de informação em particular.

O problema central que se coloca neste ponto é o de verificar como se estabelece o controle da respectiva conformidade constitucional, precisamente quanto à extensão dessa restrição. Em outras palavras, a Constituição autoriza a restrição, mas não estabelece quais são os pressupostos de extensão dessa restrição. Em tese, a possibilidade de conformação do direito pela legislação transita em um espaço que vai do zero a cem por cento. Porém os dois extremos podem ser descartados à partida: o zero não faria sentido, porque sequer tocaria no direito; e o 100% atingiria o conteúdo essencial, possibilidade sabidamente vedada.

Qual o critério, então, será utilizado para o controle dessa conformação? Essa questão não foi objeto de exame aprofundado na ADPF 130. Não obstante, em virtude do papel que ocupa no quadro das restrições, ela reclama alguns comentários.

A doutrina constitucional costuma apontar que o controle é promovido pelo princípio da proporcionalidade¹⁷ que, aqui,

¹⁷ A doutrina debate sobre a natureza jurídica da proporcionalidade, não havendo um consenso sobre se tal instituto configura ou não um princípio. Para fins deste trabalho, segue-se a qualificação alemã, que entende a proporcionalidade como verdadeiro princípio. Evidentemente não é um princípio no sentido concebido por Robert Alexy, pois não será ponderado em face de outros princípios ou valores, e sim uma espécie de regra a ser utilizada para realização do próprio juízo de ponderação. Um resumo dos diversos entendimentos doutrinários a respeito é encontrado em PINHEIRO e

age como cláusula de proibição de excesso. De forma bastante singela, o legislador, ao utilizar essa prerrogativa de restrição do direito, está proibido de cometer excessos. Tal princípio não está previsto como norma escrita na Constituição brasileira, porém o STF reconhece a sua estatura constitucional como postulado autônomo¹⁸, bem como o utiliza, inclusive, como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais, como regra de ponderação¹⁹.

O princípio da proporcionalidade²⁰, em seu sentido amplo, quer significar a proibição do excesso: restrições a direitos somente podem ser efetuadas em caso de absoluta necessidade para preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir na busca do interesse público. Ao restringir um direito fundamental, está obrigado o agente público a escolher a limitação que, atingindo o fim perseguido, imponha menor ofensa ao direito objeto da restrição. A escolha de uma solução pelo agente público pode ser declarada inadequada na hipótese de existirem outras, menos gravosas, que igualmente possam atingir a finalidade pretendida. Primeiro, os meios utilizados à consecução de um fim devem ser adequados e suficientes ao que se busca concretizar (*adequação dos meios*), restando estabelecida uma relação de conformação medida-fim. Depois, a invasão regulatória na esfera de direitos deve, sempre, ser a menor possível, sendo legítima somente a inter-

SIQUEIRA (2006, p. 57-60) Vale conferir a concepção da ÁVILA (2009), para quem a proporcionalidade seria um *postulado normativo aplicativo*.

¹⁸ Como na SS 1320 (DJ 14/04/1999)

¹⁹ A exemplo do HC 76060 (DJ 15/05/1998).

²⁰ Na IF nº 3.601, o STF analisou, de forma sistemática, a aplicação do princípio da proporcionalidade (com os três subprincípios – “máximas da proporcionalidade”), vinculando-o ao controle da atividade restritiva do poder público aos direitos fundamentais e como método geral para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, com ênfase à chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais conorrentes (Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 08/05/2003, DJ de 22/08/2003).

venção quando esta for estritamente necessária à proteção do interesse público (*necessidade*). Sempre que o poder público tiver várias possibilidades concretas para atingir uma finalidade, todas com mesma eficácia, deve optar, obrigatoriamente, por aquela que menos agrida os direitos individuais. Por fim, necessário um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se os meios utilizados são ou não proporcionais em relação à finalidade atingida: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim buscado (*proporcionalidade em sentido estrito*).

Sintetizando, a doutrina vem enfatizando que as restrições aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem ser não apenas admitidas pela Constituição, como também compatíveis com o princípio da proporcionalidade.

6.3 RESTRIÇÕES NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO.

A última espécie de restrições a direitos fundamentais é aquela que decorre da colisão desses direitos entre si ou com outros bens constitucionalmente protegidos. Estas são as que a doutrina classifica como restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

Com efeito, a possibilidade de restrições a direitos fundamentais²¹ é decorrência lógica da própria necessidade de convivência prática dos diversos direitos, que determina limitações recíprocas, evitando, com isso, que o exercício absoluto de pretensões possa gerar o próprio aniquilamento das esferas constitucionalmente protegidas. Daí a assertiva de que os direitos fundamentais são, por natureza, dotados de uma reserva geral de ponderação (NOVAIS, 2006). Ademais, não se pode olvidar que o caráter sistemático da Constituição impõe que se reconheça a convivência harmônica entre os direitos funda-

²¹ Afirmação que decorre da adoção da teoria dos princípios.

mentais e interesses constitucionalmente tutelados (*reserva de vizinhança*). Em abstrato, não há hierarquia axiológica entre as normas constitucionais.

Simplificando, uma vez compreendida a Constituição como um “sistema aberto de regras e princípios”, torna-se inevitável a ocorrência de “momentos de *tensão* ou *antagonismo*” (CANOTILHO, 2006) entre bens constitucionalmente protegidos. No quadro particular da colisão entre direitos fundamentais, podem ser percebidas três situações distintas: (a) colisão entre direitos fundamentais iguais; (b) colisão entre direitos fundamentais heterogêneos; e (c) colisão entre direitos fundamentais e bem comum (interesse público).

Partindo-se da teoria principiológica aqui adotada, esses momentos de tensão devem ser considerados como uma colisão de princípios²². E, como afirma ALEXY (2003), uma colisão de princípios somente pode ser solucionada mediante ponderação, juízo que pode ser feito tanto pelo juiz, na resolução de um caso concreto que lhe é submetido à apreciação, quanto pelo legislador, determinando *a priori* que, em dadas condições de fato, um direito deve preponderar sobre o outro, desde que sempre primando pela concordância prática dos direitos em confronto, resguardando-se os respectivos núcleos essenciais.

A ponderação de bens, consoante CANOTILHO (2006), pressupõe, em primeiro lugar, a existência de, pelo menos, dois bens ou direitos que, em virtude das circunstâncias do caso, não podem ser realizados em toda a sua extensão. Em segundo lugar, pressupõe a inexistência de regras abstratas de prevalên-

²² CANOTILHO (2006, p. 1268-1271) considera existir autêntica colisão de direitos fundamentais apenas quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício fundamental por parte de outro titular. Quando a colisão se dá entre um direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, tem lugar a colisão de direitos em sentido impróprio (colisão não autêntica). O autor diferencia, ainda, a concorrência de direitos fundamentais, que é visível quando um comportamento do mesmo titular se subsume a mais de um direito fundamental.

cia de um dos direitos sobre o outro. Finalmente, são indispensáveis a justificação e motivação da regra de prevalência assente na ponderação, tendo-se em conta os princípios da igualdade, da justiça e da segurança jurídica.

Não é possível encontrar um parâmetro absoluto de ponderação²³, até porque, diante do princípio da unidade da Constituição, segundo o qual todas as normas constitucionais têm a mesma hierarquia, inexistente, *a priori*, uma relação de precedência de uns direitos sobre os outros. A ponderação, pois, está sempre vinculada ao caso concreto. Não obstante, CAMAZANO (2004, p. 231) faz referência ao que Alexy chama de “lei de ponderação”: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene de ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Nesse cenário, conclui-se que a ponderação apresenta-se como método eficiente para a proteção dos direitos fundamentais, que não subsistem isoladamente, e sim em um ambiente de convivência harmônica e democrática com outros interesses, princípios e valores. Outrossim, para além destes e dos demais direitos elencados no § 1º do art. 220, e justamente por não existirem direitos absolutos, é possível imaginar a colisão entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Em consequência, poderá ser necessário, no caso concreto, restringir a liberdade de expressão em favor de outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos, independentemente de sua previsão expressa no rol do § 1º do art. 220.

Isso não passou despercebido na ADPF 130. Conforme referido no item sobre a teoria externa, a maioria dos Ministros se preocupou em enfatizar a inexistência de direitos absolutos

²³ CHESSA (1998, p. 1170-1187) acentua que o próprio conteúdo essencial dos direitos de liberdade é um conceito relativo e não absoluto, não havendo uma medida (um limite) estabelecida *a priori*. Ao contrário, tem uma dimensão variável, seja porque sempre vem definido *a posteriori*, seja porque diferente pode ser a incidência dos valores constitucionais concorrentes em outra ocasião.

no sistema constitucional pátrio, a necessária coexistência harmoniosa das liberdades, a ausência de primazia absoluta e *a priori* de um direito sobre o outro e a ponderação como técnica adequada para superar os antagonismos e definir, sempre no caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais temas em matéria de direitos fundamentais diz respeito ao alcance da proteção constitucional contra medidas que venham a interferir negativamente em seu âmbito de proteção. Embora a ideia de que não existem direitos absolutos seja amplamente aceita, parece que nem todos os membros do STF compartilham desse entendimento, como se viu no julgamento da ADPF 130. Além disso, percebe-se que a doutrina ainda não chegou a um consenso sobre o caminho a ser seguido no que concerne à restrição desses direitos, controvérsia que também se faz presente naquela Corte. Trata-se, sem dúvida, de um relevante precedente do STF, pois restaram enfrentadas, forma expressa, diversas questões doutrinárias referentes às restrições aos direitos fundamentais, ainda que não se tenha alcançado um consenso conceitual mínimo, o que seria desejável do ponto de vista da segurança jurídica. As divergências entre os julgadores ficaram evidenciadas, inclusive, na formulação da ementa do *decisum*: ementa, conceitualmente, é o espelho da decisão do Tribunal. No caso da ADPF 130, a ementa exterioriza o pensamento do Relator da ação, e não aquilo que consta nos votos da maioria dos ministros.

Os direitos fundamentais em jogo na ADPF 130 se sujeitam tanto a restrições indiretas quanto a restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, estas no caso concreto. Embora tenham decidido que a Lei de Imprensa, na sua integralidade, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, a maioria dos Ministros do STF considerou que a liberdade

de imprensa está sujeita a uma reserva legal restritiva. Por fim, no que concerne ao controle da constitucionalidade das medidas restritivas, a maioria dos juízes do STF considerou que as restrições, para serem legítimas, devem passar pelos testes da proporcionalidade e da ponderação, bem como devem respeitar o núcleo essencial.



8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: SEGADO, Francisco Fernández (org). *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*. Madrid: Dykinson, 2003.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2ª reimp., Coimbra: Al-

- medina, 2006.
- CHESSA, Omar. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffré, 1998.
- DIÉZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direito fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Tomo IV: Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- PINHEIRO, Pedro Eduardo; SIQUEIRA, Antunes. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl., Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Constituição e princípio da proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 60-122. março-abril de 2004.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Classificação dos Direitos Fundamentais – do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Metodologia do ensino jurídico com casos. Teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.