

RESTRIÇÕES, PRIVAÇÕES E VIOLAÇÕES DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

RESTRICTIONS, DEPRIVATIONS AND VIOLATIONS TO CONSTITUTIONAL RIGHTS

CARLOS LUIZ STRAPAZZON¹
ADRIANA INOMATA²

RESUMO: Um dos mais graves problemas das democracias constitucionais são os casos de privação de direitos fundamentais. Este artigo discute o alcance da hipótese de que ninguém pode ser privado de seus direitos fundamentais. A tese central do artigo é que direitos fundamentais podem sofrer três tipos de intervenções: restrições (intervenção relativa), privações e violações (intervensões absolutas), dadas certas condições. Decorre disso a tese de que restrições, privações e violações são categorias analíticas diferentes e decisivas para a linguagem do controle de constitucionalidade. O tema foi abordado a partir de pesquisa analítica de conceitos teóricos, apoiada em testes de consistência lógica e funcional dos termos, com base na teoria dos princípios de Robert Alexy. A pesquisa se apoia também em análise do direito constitucional nacional e estrangeiro e revisa, seletivamente, a crítica teórica e jurisprudencial sobre o tema. A partir das evidências encontradas, o artigo sugere um refinamento do vocabulário básico da teoria constitucional para que se estabeleça o significado e as condições de possibilidade das privações (intervensões absolutas) em direitos fundamentais. As principais conclusões apontam que, se por um lado o direito internacional dos direitos humanos, o direito constitucional nacional de muitas democracias, a doutrina e a jurisprudência admitem situações legítimas de privação de direitos fundamentais, é imperativo não confundir as situações de restrição, privação e de violação desses direitos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; violações a direitos; democracia

ABSTRACT: One of the most challenging issues for constitutional democracies is the so-called deprivation of fundamental rights. This article addresses the hypothesis according to which in democracies no one might be deprived from fundamental rights. The main thesis of the article is that fundamental rights can undergo three types of interventions: restrictions (relative intervention), deprivations and violations (absolute interventions), given certain conditions. It follows that restrictions, deprivations and violations are different and decisive analytical categories for the language of *judicial review*. The theme was approached from an analytical research of theoretical concepts, supported by tests of logical and functional consistency of the terms, based on Robert Alexy's theory of principles. The research also relies on analysis of national and foreign constitutional law and selectively reviews the theoretical and case law upon the subject. From the evidences found, it is recommended a refinement of the basic vocabulary of constitutional theory to establish the meaning and conditions of possibility of deprivations (absolute interventions) in fundamental rights. Given that international human rights law, as well as national constitutional law across many democracies admit legitimate situations of deprivation of fundamental rights, it is imperative not to confuse circumstances of restriction, deprivation from those attached with violation of those rights.

Keywords: constitutional rights; violations; democracy

¹ Pós-Doutorado em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Doutorado em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado) da UNOESC (Chapecó/SC). Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Universidade Positivo (Curitiba/PR). Email: strapazzon.carlos.luz@gmail.com

² Mestre em Direito pela Unibrasil/PR. Professora de Direito Constitucional da Escola de Direito da Universidade Positivo (Curitiba/PR). Email: adrianainomata@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

É sempre delicado discutir hipóteses de privações e violações de direitos fundamentais. Só o fato de suscitar a existência do fenômeno já levanta resistências, temores e, em alguns casos, aborrecimentos. Contudo, se por um lado é indispensável proteger os direitos fundamentais na maior medida possível, por outro, o trabalho científico deve estar firmemente comprometido com o esclarecimento da existência de fenômenos reais, mesmo que desagradáveis. Crucial, nesses casos, é que a discussão seja realizada em bases aceitáveis. Ou melhor, que seja possível compreender os fatos, o modo de analisá-los e as consequências possíveis. Estamos convencidos de que a análise das situações de privação (intervenção absoluta) e o discernimento das diferenças relevantes com outras situações semelhantes, como as de restrições e violações, é uma forma útil de aprimorar o objetivo de garantir a melhor proteção possível dos direitos fundamentais e avançar o desenvolvimento teórico.

No Brasil, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 199) admitiu a possibilidade de restrições a direitos fundamentais passarem pelo teste da proporcionalidade e nada restar de um direito fundamental. Para ele, restrições respeitam o conteúdo essencial de um direito se são proporcionais (SILVA, 2011, p. 206). Carlos Bernal Pulido afirma que “toda lei vulnera o direito fundamental em que intervém se seu conteúdo é incompatível com o conteúdo normativo da disposição que tipifica o direito”, e a seguir, em nota de rodapé, afirma que “a vulneração de um direito fundamental é um caso específico de inconstitucionalidade da lei” (PULIDO, 2007, p.90). Quanto a Robert Alexy, ainda que se possa derivar uma resposta a partir de seu sistema teórico completo, parece que não enfrentou, analiticamente o problema das intervenções absolutas, nem reconheceu explicitamente casos de privações legítimas e ilegítimas.

O texto constitucional do Brasil oferece muitos casos de aplicação desses termos com implicações diretas na linguagem dos direitos individuais. Há, por exemplo, o caso do *caput* do Art. 5º, que estabelece a *inviolabilidade* de seis princípios: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. O Art. 5º ainda tem algumas regras bem específicas, como a *inviolabilidade* da liberdade de consciência e crença (Art. 5º. VI), da *inviolabilidade* intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (Art. 5º, X), da *inviolabilidade* da casa (Art. 5º.XI), da *inviolabilidade* do sigilo de correspondência (Art. 5º. XII), da *inviolabilidade* da imunidade parlamentar por opiniões, palavras e votos (Art. 29, VIII, Art. 53), da *inviolabilidade* dos atos e manifestações de advogados no exercício profissional (Art. 133). O texto constitucional também adota o vocábulo *privação* para dizer o que parece ser, à primeira vista, a mesma coisa que *inviolabilidade* de direitos. Assegura, por exemplo, que *ninguém será privado* de seus direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política (Art. 5º. VIII), que ninguém pode ser *privado* da liberdade ou bens sem o devido processo legal (Art. 5º. LIV).

Se olharmos de outro ângulo, veremos que o mesmo texto constitucional abre a possibilidade para que sejam estabelecidas *restrições* e *privações* a direitos reconhecidos como *invioláveis*. Vejam-se, por exemplo, os casos do *caput* do Art. 5º, que diz que os princípios são *invioláveis*, porém, *nos termos desta Constituição*. O que isso significa? Que são *invioláveis*, mas que em certos casos podem ser *violáveis*? Veja também o casos do Art. 136 § 1º.I, que agora prevê *restrições* ao direito de reunião, sigilo de correspondência, comunicação telegráfica e telefônica, ou do Art. 139, III, que admite *restrições* até mesmo para a liberdade de imprensa, que tem a seu favor a regra geral do Art. 220, onde se lê que *a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação ... não sofrerão qualquer restrição*, porém, nos termos do texto constitucional. Ou no caso do Art. 133, ao estabelecer que a *inviolabilidade* dos advogados se dá *nos limites da lei*, ou mesmo a redação dada ao Art. 5º. XLVI, que autoriza a existência de penas de *privação* ou de *restrição* da liberdade. Então, direitos *invioláveis* podem sofrer *privações*? *Restrições*? Quando o tema é analisado mais de

perto, nota-se a falta de uma teoria das intervenções absolutas para guiar a interpretação.

Uma importante tese da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é que todas as colisões entre princípios constitucionais só podem ser solucionadas se restrições e sacrifícios forem admitidos. A questão mais importante é saber como essas restrições serão feitas de modo a impedir violações (ALEXY, 2011, p.62). Afinal, “se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, 2008, p. 98).

Este artigo aborda particularmente o alcance dessa última afirmação. Discutirá como abordar o problema das privações e violações de direitos constitucionais a fim de avaliar se (1) existem hipóteses de intervenções absolutas em direitos fundamentais admitidas pelo ordenamento constitucional do Brasil e quais são elas, e se (2) a avaliação da constitucionalidade dessas hipóteses depende, ou não, de uma abordagem estritamente orientada pela teoria dos princípios e da análise da proporcionalidade.

2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS HUMANOS E A DUPLA DIMENSÃO DO DIREITO

Admitiremos, com Robert Alexy, que violações de direitos constitucionais são proibidas. Ao final explicaremos porque essa afirmação é necessária. Para seguir adiante, admitiremos também que o direito constitucional³ têm dupla natureza (ALEXY, 2011, p.39): positiva e ideal — aliás, como o direito em geral⁴ — e que, por isso, a interpretação do direito constitucional sempre deve ser guiada pela pretensão de realização, na maior medida possível, dessas duas dimensões. Isso implica dizer que a interpretação do direito constitucional, e do direito em geral, orienta-se pela necessidade de realizar, na maior medida possível, os ideais de segurança (dimensão positiva) e de justiça (dimensão ideal, ou moral). Fica estabelecido, então, que este artigo não pretende explicar os casos de privações e violações de direitos constitucionais por aspectos exclusivamente positivos e formais, nem por uma abordagem tradicional de coerência interna de dispositivos do direito positivo, mas pela abordagem dos princípios e pela necessidade de realizar, na maior medida possível, os princípios da segurança e da justiça.

3 Tendo em vista que a discussão toma, em primeiro lugar, o caso do direito constitucional do Brasil, então direitos fundamentais serão definidos, aqui, como uma categoria especial de direitos constitucionais. Assim, à primeira vista, direitos fundamentais são direitos constitucionais especiais porque estão formalmente destacados no texto das Constituições (da República ou dos Estados). Esse critério formal, porém, não explica toda a extensão do termo “direitos fundamentais do Brasil”. Além disso, é preciso dizer que são direitos que recebem uma proteção especial, mais rígida (proibição de revogação e meios especiais de proteção) do sistema constitucional. Ocorre que esse critério da proteção mais rígida não contempla adequadamente outro fator crucial: a importância de um direito para realizar os preceitos constitucionais mais relevantes do projeto constitucional do Brasil. Uma adequada definição do termo requer a composição dos critérios anteriores. O aspecto formal, a rígida proteção e a importância para realizar os preceitos fundamentais do sistema constitucional. Assim, “direitos fundamentais no Brasil” devem ser definidos como os direitos constitucionais escritos no Título II da Constituição da República ou em capítulo especial das Constituições dos Estados. Além desses direitos formalmente estabelecidos como fundamentais, outros direitos podem ser declarados como constitucionais fundamentais, mesmo que não escritos nos textos constitucionais, e mesmo que não sejam escritos em qualquer documento jurídico (Art. 5o§ 2o.). Direitos fundamentais do Brasil, portanto, são os direitos constitucionais originariamente reconhecidos como tais pela Assembleia Nacional Constituinte (Título II da CRFB) ou pelo Poder Constituinte dos Estados, acrescidos de outros que autoridades competentes (Judiciais ou Legislativas) podem evolutivamente reconhecer, observados a) o caráter necessário para realizar as finalidades, objetivos, princípios e fundamentos estabelecidos no Capítulo I, no Art. 60§4, e no Art. 34, VII do texto constitucional da República, e b) os limites criativos estabelecidos no Art. 5o. § 2o, da Constituição da República. Esses direitos constitucionais, escritos e não escritos, atuais ou futuros, por causa da função especial que desempenham no projeto constitucional, recebem a mais rígida proteção do sistema constitucional do Brasil. Ver, quanto significado de preceitos fundamentais, a ADPF n. 33/2005, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Para outras definições, ver Sarlet (2012), Silva (2011).

4 Sobre a tese da dupla dimensão do direito, ver Alexy (2004, p.6 e seguintes). Ver tb. Dworkin (2007, p.36 e ss)

Admitiremos que a discussão orientada apenas pelas preocupações de coerência interna⁵, que incorpora as abordagens sistemáticas do direito, são insuficientes para realizar os ideais de segurança e justiça. Este artigo amplia suas ambições para admitir que problemas jurídicos bem resolvidos reclamam, por um lado, um resultado seguro e, por outro, um resultado *plausível, razoável, comedido, isto é, justo*. Conciliar os elementos da segurança (direito positivo) e de justiça (dimensão moral do direito) é uma exigência política e moral do raciocínio jurídico em democracias constitucionais ocidentais, e isso não será aprofundado aqui, apenas admitido como pressuposto de nosso estudo.

Para adentrar na conjugação entre a dimensão ideal e positiva do direito constitucional, tomemos uma categoria de direitos constitucionais fundamentais: os direitos da pessoa humana⁶, mas só os que correspondem a direitos humanos⁷. Esses direitos constitucionais, pela finalidade que os justifica, fortalecem a proteção dos direitos humanos de dois modos: a) por repetição, na medida em que institucionalizam a existência, no âmbito interno, de direitos estabelecidos em documentos internacionais⁸, b) por

5 A abordagem do direito orientada pela coerência interna explora a validade dos enunciados normativos a partir de três grupos de contradições literais: (a) de hierarquia, dividida em dois subgrupos, (a.1.) contradições literais verticais, sendo que o primeiro contempla análises diretas de hierarquização normativa, como o conflito substantivo direto que ocorre entre uma regra de direito constitucional e uma regra de direito infraconstitucional, até (a.2) conflitos indiretos, como os que ocorrem entre uma regra constitucional de competência e uma regra de direito infraconstitucional. Este último caso é visível quando o texto constitucional distribui competências legislativas compartilhadas a entes federativos. O segundo grupo explora (b) contradições literais horizontais de tipo: (b.1) cronológicas e de (b.2) especialidade. O terceiro grupo explora (c) contradições literais de tipo (c.1) sistêmico, e (c.2) genético. O pressuposto básico dessa abordagem discutir a validade dos enunciados normativos a partir de uma análise do significado literal dos mandamentos. Não é uma abordagem que oferece uma técnica para avaliar a justiça dos enunciados do direito. Sua atenção, entretanto, é extremamente concentrada na avaliação da segurança lógica dos enunciados normativos. Esse conflito metodológico é frequentemente apresentado como conflito entre teorias positivistas e não positivistas do direito. Ver: Dworkin (1967), Alexy (2002). Ver também Bobbio (1999).

6 Tais como o direito de não sofrer tratamento desumano ou degradante, o direito à vida, à saúde, à igualdade de gênero, ao trabalho decente, à cultura etc.

7 Isso não equivale a dizer que todos os direitos fundamentais da Constituição do Brasil sejam direitos humanos. O direito constitucional pode ter muitos tipos de direitos fundamentais. No entanto, um desses tipos são os direitos humanos. Além desses, o direito constitucional pode reconhecer direitos fundamentais que se aplicam exclusivamente a cidadãos de um Estado, como é o caso do direito ao 13o. salário no Brasil (Art. 7º, VIII da CR), ou o direito de estabelecer escolas privadas, na Alemanha (Basic Law, Art. 7º, 4). Mais ainda, o direito constitucional pode até reconhecer direitos fundamentais de pessoas jurídicas: como é o caso do direito de proteção do nome comercial, de signos distintivos (Art. 5º, XXIX), ou o direito dos partidos políticos de receber recursos do fundo partidário (Art. 17º, § 3º). Para aprofundamentos neste último ponto, ver Sarlet (2012, p.223 e ss).

8 Bastaria considerar os 9 mais importantes tratados internacionais de direitos humanos para notar a forte correspondência entre o que prescreve a Constituição do Brasil para direitos constitucionais fundamentais das pessoas humanas e esses direitos humanos:

1. Convenção Internacional dos direitos civis e políticos (1966);
2. Convenção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais (1966);
3. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969);
4. Convenção contra a tortura e outras formas de tratamento ou punição cruel, degradante ou desumanos (1984);
5. Convenção dos direitos das crianças (1990);
6. Convenção Internacional para a proteção de todos os trabalhadores migrantes e suas famílias (1990);
7. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1991);
8. Convenção Internacional para a proteção de todos contra desaparecimentos forçados (2006);
9. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências (2007).

O direito constitucional do Brasil reconhece, formalmente, a maior parte desses direitos humanos (excetuam-se os direitos de trabalhadores migrantes e a proteção contra desaparecimento forçado). No Título I da CRFB reconhece-se o princípio fundamental à dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), no Título II, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, (todos no caput do Art. 5º). Depois os direitos políticos (Art. 14 e seguintes), direitos do trabalho (Art. 7º), direito à saúde, à previdência, à assistência, e direito à educação (todos no Art. 6º); além desses, há o direito ao não tratamento degradante (Art. 5º, III), a proibição de discriminação racial (Art. 5º, XLIII); e a proibição de discriminação contra a mulher (Art. 5º, II e Art. 5º, XLI); o direito constitucional do Brasil também é sensível aos direitos das pessoas com deficiência, por conta da recepção da referida Convenção de New York, de 2007, com status de Emenda à Constituição.

determinação, na medida em que os textos constitucionais podem não apenas repetir, mas especificar detalhes quanto ao sentido e alcance de um direito humano inespecífico estabelecido em documentos internacionais⁹. Desse modo, seja quando coincidem perfeitamente com o conteúdo dos direitos estabelecidos em tratados de direitos humanos, seja quando ocorre de não coincidir perfeitamente, mas de o direito constitucional realizar, por si, a melhor proteção de um direito humano, nesses dois casos, o direito constitucional realiza os objetivos morais dos direitos humanos.

Então, direitos constitucionais que protegem direitos humanos (universais, morais, fundamentais e prioritários) têm uma dimensão ideal muito evidente: são enunciados normativos que existem no direito constitucional para proteger os seres humanos contra o risco de tratamentos degradantes e para proteger e promover as condições básicas de livre desenvolvimento das pessoas humanas. Esses são ideais morais universais. Mas se forem estabelecidos no direito constitucional, servem de critério constitucional, portanto, de âmbito interno, para avaliar a qualidade substantiva dos direitos e deveres de uma ordem jurídica positiva.

Para negar a tese da conexão entre o direito constitucional e ideais morais universais seria preciso negar que as condutas humanas são, em última *ratio*, orientadas por princípios gerais (HARE, 1960, posição 63, item 4.1, DWORKIN 2007, p. 36). Além disso, seria preciso admitir que os direitos humanos mais elementares, como vida, liberdade, igualdade, não discriminação, saúde, cultura, não têm natureza de princípio moral. E mais, que quando positivados no texto constitucional perderiam a natureza de princípio moral universal que lhes fundamenta, só porque se converteram em direitos positivos de um Estado. Entretanto, as coisas não se passam assim. A positivação constitucional de direitos humanos não tem autoridade para anular a natureza moral universal desses direitos, seja quando são repetidos, seja quando são refinados pelas Constituições dos Estados.

Mas esse é só um aspecto da dimensão ideal dos direitos fundamentais. O outro é que todos os direitos constitucionais são estabelecidos com vistas à realização de fins constitucionais, sejam biológicos, morais, ambientais, políticos, sociais e econômicos que podem ser qualificados como a moralidade básica (e, oficial) de uma sociedade nacional. Esses fins, paradoxalmente, são também chamados de *princípios constitucionais* pela doutrina do direito.

3. DOS PRINCÍPIOS, DAS REGRAS

Princípios do direito constitucional são ideais normativos positivados. Para guardar coerência com essa abordagem podemos afirmar que princípios constitucionais são valores morais substantivos de uma sociedade, convertidos em normas jurídicas positivas. Por isso, princípios constitucionais podem ser formais, isto é, escritos. Ou podem ser não escritos. Contudo, os princípios constitucionais, por serem também normas jurídicas, podem ser ideais de organização ou de competência que precisam de determinação substantiva posterior (caso dos princípios de separação de poderes, democracia, república, federação, soberania, etc).

9 O direito constitucional pode especificar um determinado direito humano. Um exemplo ocorre quando a Constituição do Brasil estabelece no Art. 5o XVIII que a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Essa é uma regra que especifica o direito humano de associação, prevista, entre outros, no Art. 22 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Além disso, o direito constitucional pode melhorar a proteção de um dado direito humano. Um exemplo é o direito de não ser condenado à pena de morte, que no Brasil vem estabelecido no Art. 5o, XLVII. Este é um direito derivado do direito humano à vida (Art. 6o do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). Todavia, neste último caso o direito constitucional melhora as condições de proteção do direito tal como previsto no direito internacional. É que a regra constitucional do Brasil é mais protetiva do que as regras do direito internacional dos direitos humanos, uma vez que a orientação geral do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é admitir a privação do direito à vida, desde que observado o *due process*.

Uma vez incorporados aos textos constitucionais, os princípios assumem a natureza de normas jurídicas, e como todas as normas jurídicas, os princípios são mandamentos. Mas não são mandamentos de obrigação, proibição, permissão ou de competência, como são as regras. São padrões da moralidade básica de uma sociedade, só que oficializados na medida em que se integram ao direito constitucional. E como todos, e porque são muitos e diferentes, os princípios constitucionais devem ser realizados de maneira ótima (ALEXY 2008, p.104). É por isso que seus enunciados mandam que a liberdade, ou a paz, ou a segurança, o a propriedade, ou a igualdade, por exemplo, sejam realizadas na maior medida possível, ou que a competência legislativa de uma autoridade seja realizada na maior medida possível. Os princípios são mandamentos de otimização.

Abstratamente visualizados, os princípios devem ser reconhecidos como um tipo particular de enunciado normativo. Eles têm uma aparência e um conjunto de possibilidades antes de entrar em colisão com os outros princípios e uma outra aparência depois que entram em colisão com outros princípios (ALEXY 2008, p. 277). Quer dizer, o direito “a princípio” é aquele que ainda não sofreu quaisquer restrições por outros direitos. Já o direito depois das colisões é o direito com restrições, ou seja, o *direito definitivo*. Assim são as regras. Todas as regras são o produto de uma colisão de princípios e elas determinam sujeitos, objetos, tempo, modo, procedimentos, lugares, finalidades. Regras boas têm muitas informações. Por isso conferem segurança as relações jurídicas. Mas regras jurídicas, necessariamente, precisam ser válidas. E a validade das regras depende de como elas se relacionam com outras regras e com os princípios da ordem jurídica.

Se os direitos “a princípio” podem sofrer *restrições* de seu alcance a medida que colidem com outros, é porque direitos e restrições são fenômenos diferentes. Essa abordagem dos direitos e de suas restrições como dois tipos diferentes de normas é chamada de *teoria externa* das restrições. Assume-se com ela que uma coisa é um enunciado que veicula um direito; outra, bem diferente, as normas que colidem com o direito e que, por isso, produzem restrições. Entendemos que essa forma dual de análise dos direitos é decisiva para desenvolver o problema das privações e violações de direitos fundamentais. É uma abordagem que não reconhece limites imanentes a um direito constitucional¹⁰. Ou seja: um direito constitucional sempre é restringido por normas externas a ele e toda restrição a qualquer direito “a princípio”, sempre é o resultado de uma antinomia (SILVA, 2011, p.140).

Se princípios constitucionais são restringíveis (ou excepcionáveis, no caso de assumirem a forma de regras), é porque colidem com outros princípios constitucionais. No entanto, restrições à força normativa de princípios precisam ser comedidas. Isso supõe que devem ser restrições compatíveis com a força normativa de princípios constitucionais que, nos casos concretos, apresentam-se como contrapostos.

Restrições a direitos constitucionais decorrem da própria Constituição, expressa¹¹ ou implicitamente¹², ou são autorizadas pela constituição e, assim, são restrições indiretas¹³. Importante reiterar que, tanto no caso da reserva legal simples como no da reserva legal qualificada, o exercício dessa

10 Diferentemente da teoria externa, a teoria interna propõe que só os direitos fundamentais seriam “não limitáveis (BOROWSKI, 2000, p. 32). “O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite” (ALEXY, 2008, p.277). Segundo essa teoria, ao definir um direito, estamos identificando seus limites, o que significa afirmar que a definição da extensão do direito não depende de fatores externos a ele (SILVA, 2011, p. 128).

11 Como as condições restritivas para o exercício do direito de reunião, expressas no Art. 5º, XVI, da CRFB

12 Uma restrição implícita não equivale ao conceito de restrição imanente. Por exemplo, a invocação da necessidade de interpretação sistemática do texto constitucional, umas das mais frequentes no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é uma limitação implícita do alcance de certos direitos constitucionais, em nome da necessária harmonização dos enunciados do texto constitucional. (RHC – 126763, Informativo n. 803; Pet – 3240, Informativo n. 768)

13 As restrições indiretamente constitucionais são estabelecidas quando a Constituição autoriza alguém a regulá-las. Tratam-se, neste caso, das chamadas reservas legais (simples e qualificadas), ou seja, das situações em que a própria Constituição estabelece que determinada norma será restringida pelo legislador infraconstitucional.

competência para restringir um direito constitucional é limitado tanto por questões formais (competência, procedimento), como por questões materiais, ou seja, pelo conteúdo do direito bem como pela proporcionalidade da restrição. É que, ao estabelecer uma restrição em abstrato no texto constitucional, ou num texto de lei, a autoridade legislativa faz um cálculo de proporcionalidade. Em qualquer caso, restrições a princípios só podem ser válidas se atenderem aos imperativos da proporcionalidade, em caso contrário são violações (SILVA, 2011, p. 181)

4. EM ÚLTIMA *RATIO*, OS PRINCÍPIOS

Agora se vê melhor que o debate sobre direitos constitucionais e sobre inconstitucionalidades não é só um debate sobre ideais, ou seja, sobre princípios. No entanto, é uma questão de princípios, em última análise. Quando o conflito entre regras constitucionais parece ser inevitável, o conflito se resolve, necessariamente, a partir da ponderação dos princípios (substantivos ou formais) que fundamentam a validade das regras constitucionais antinômicas e pelo teste da proporcionalidade das restrições.

Isso poderia ser colocado de outro modo para dizer que é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que o texto constitucional é um articulado de princípios implícitos e explícitos¹⁴. E também, que o legislador constituinte ponderou a partir desses princípios e, com base em princípios políticos e morais oficiais formulou regras constitucionais a fim de fixar obrigações, proibições, imunidades, competências e, obviamente, compor e harmonizar um certo número de interesses conflitantes com que se deparava.

Essa atividade normativa é semelhante no plano infraconstitucional, ou seja, no plano legislativo. O resultado da ponderação política (de uma assembleia nacional constituinte ou de um legislador ordinário) pode gerar uma longa lista de princípios explícitos e de regras explícitas¹⁵. Importante é ver que até mesmo as regras constitucionais explícitas, precisam ser harmônicas entre si e com os princípios constitucionais. Se esse não for o caso, até mesmo a eficácia de regras constitucionais originais pode ser suspensa pelos órgãos competentes para o controle de constitucionalidade¹⁶.

Então podemos repetir: direitos constitucionais não são apenas ideais (princípios). Mas um sistema de mandamentos (normas) com natureza de princípios e regras. Todavia, em última análise, é um sistema de princípios. E direitos com natureza (ou fundamento) em princípios, são direitos relativos e, também, restringíveis, pois não são mandamentos de obrigação, proibição, permissão ou competência, são mandamentos de otimização. Direitos constitucionais, portanto, sejam especiais como os direitos fundamentais, sejam expressos em forma de regras ou de princípios, precisam ser compreendidos como direitos redutíveis, em última *ratio*, à condição de mandamentos de otimização, pois todo enuncia-

14 A rigor, não é só o direito constitucional. Todos os ordenamentos jurídicos são assim.

15 Esse é o caso, por exemplo, das seguintes regras do Art. 5º. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

16 Foi isso, exatamente, o que se passou quando o STF julgou o caso do Depositário Infiel, (STF. RE 466.343. Tribunal Pleno, DJe 5.6.2009). Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a privação de liberdade individual em favor do direito de propriedade, baseada em não cumprimento de acordo civil de depósito de bens, na forma da regra estabelecida no Art. 5o. LXVII, era inconciliável com a extensão do direito fundamental de liberdade individual previsto no ordenamento jurídico do Brasil. A Suprema Corte decidiu, portanto, que uma regra formalmente estabelecida pela Assembleia Nacional Constituinte não era compatível com o sistema de princípios da Constituição brasileira. Dada a impossibilidade formal de declará-la inconstitucional, o STF decidiu que os Tratados de Direitos Humanos – em expressão cunhada pelo Min. Gilmar Mendes, paralizam a eficácia das normas infraconstitucionais conflitantes. Não se trata, propriamente, de paralização de eficácia, mas de “suspensão da eficácia”. E o que gerou a suspensão da eficácia da regra constitucional foi a decisão da Suprema Corte, ainda que isso não tenha sido admitido formalmente. Mas esse é um problema de justificação da Corte, não das características da decisão.

do normativo (todo enunciado de dever ser) pode ser reduzido a um princípio que o fundamenta.

Reconhecer a existência de uma dimensão ideal num ordenamento jurídico ou numa constituição em nada prejudica o reconhecimento de que o direito constitucional pode ser também um sistema institucionalizado de normas oficiais. Aliás, a teoria dos princípios admite que a dimensão concreta e objetiva do direito tem uma relativa prioridade em relação à dimensão ideal, por conferir *segurança* aos ideais. O argumento de Robert Alexy (2008, p.105) parece definitivo quanto a isso. É que os princípios escritos e as regras constitucionais expressas, além de serem dispositivos constitucionais que realizam o princípio da *segurança*, têm sua autoridade reforçada pelo princípio formal da autoridade conferida a representantes políticos para editá-las. Portanto, a teoria dos princípios sustenta que as *regras* (e poderíamos acrescentar também os *princípios escritos*) tem preferência (não absoluta, porém) para serem aplicadas nos casos concretos (ALEXY 2008, p. 106). E, mais, quanto mais importância têm os princípios formais de competência para criar regras, numa dada ordem constitucional, tanto mais importância tem as regras em face dos princípios (ALEXY 2008, p. 105). Nem tudo se resolve, portanto, com a simples redação ou alegação baseada em princípios escritos ou em regras constitucionais: “[S]e a regra [constitucional] for ambígua, vaga, ou semanticamente aberta, os princípios substantivos que lhe dão base imediatamente entram em cena” (ALEXY, 2014, p. 63; ALEXY, 2008, p. 558).

Isso é melhor compreendido quando se admite que duas regras estabelecidas no texto constitucional podem ser conflitivas e que a superação do conflito exige uma interpretação baseada nos princípios que servem de fundamento para cada uma dessas regras. Assim, a superação do conflito das regras constitucionais exigirá uma avaliação serena da importância de realizar cada um dos princípios fundamentais e contrapostos. A única forma transparente, racional, democrática de superar o conflito real (não é conflito aparente!, pois o conflito realmente existe no caso concreto) entre duas regras constitucionais, sendo impossível criar uma regra de exceção a uma delas, é encontrar uma solução equilibrada de realizar, na maior medida possível, os princípios constitucionais colidentes de onde derivam essas regras.

Colocadas as coisas assim, pode-se ver que o conflito constitucional entre princípios ocorre quando é preciso interpretar dispositivos constitucionais que têm natureza de princípio, ou quando eles assumem natureza de regra. No primeiro caso, o conflito de princípios é direto. No segundo, indireto. Nos dois casos, porém, caso seja desejável adotar um modo discursivo e racional de responder ao conflito, será necessário recorrer ao teste da proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 63), posto que todos os princípios são, igualmente, mandamentos de otimização.

É preciso reconhecer, então, que diante de uma colisão de princípios constitucionais (a dimensão ideal do direito) ou de princípios e regras (envolvendo a dimensão ideal e regulamentar do direito), uns devem ceder mais do que outros. Tendo em vista a natureza discursiva da interpretação dos direitos, devem prevalecer os princípios que recebem mais razões fáticas e jurídicas para resolver o caso concreto com segurança e justiça.

Mas como estabelecer a precedência de princípios constitucionais colidentes sem arbitrariedade, ou melhor, de modo a controlar racionalmente, ao máximo possível, as preferências subjetivas implicadas na solução de um caso concreto? É preciso um tipo de teste de qualidade da solução, isto é, um teste de justiça e de segurança da decisão. À primeira vista, um conflito de direitos constitucionais não se resolve só com base nas informações detalhadas do caso concreto. É preciso considerar também a ordem abstrata de valores que o próprio ordenamento constitucional estabelece. Isso quer dizer que a própria ordem constitucional pode estabelecer que certos princípios devem ter mais peso na solução de qualquer caso. Assim, pode ser que alguns princípios constitucionais tenham mais importância *abstrata* em face dos demais. De todo modo, será necessário eleger princípios e regras, e definir em que medida cada um(a) se aplica ao caso. A experiência internacional com direitos humanos e também com direitos constitucionais recomenda que a solução de equilíbrio de segurança, em

casos de antinomias, se dê a partir de uma avaliação da proporcionalidade dos efeitos da decisão. A análise da proporcionalidade das restrições impostas a uns e da extensão ampliada da eficácia de outros constitui um mecanismo valioso da interpretação constitucional preocupada em realizar justiça e segurança. Não é por outra razão que o teste de proporcionalidade se tornou tão relevante como instrumento discursivo de aferição da legitimidade das restrições¹⁷ impostas a direitos constitucionais.

5. A JUSTA MEDIDA DAS COISAS

O teste de proporcionalidade não deve ser confundido com o resultado proporcional de uma decisão. A primeira é uma técnica argumentativa para controlar a validade (fins e meios), a intensidade (necessidade) e a justeza (proporcionalidade em sentido estrito) de uma medida que afeta direitos fundamentais. O outro é o resultado, justo ou injusto em termos de efeitos, de uma colisão de princípios.

Bastaria citar o clássico brocardo latino *suum cuique tribuere*, “dar a cada um o que é seu”¹⁸ para lembrar como a preocupação em distribuir justamente bens e direitos não é recente. Um exemplo moderno dessa preocupação com as soluções proporcionais no campo das decisões jurídicas pode ser encontrada em Cesare Beccaria, no célebre Capítulo XXIII, do livro *Dos delitos e das penas*. Ali ele afirmava sua tese central, que foi consagrada pela legislação penal posterior, segundo a qual:

[D]evem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que são contrários ao bem público, e na medida dos incentivos que levam a delinquir. Deve haver, portanto, uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 1858, p.329, tradução nossa)

Além da Roma antiga ou da Itália moderna, o tema se desenvolveu também entre os franceses. Se observarmos o modo como o *Conseil d'Etat* francês decidiu o famoso caso Benjamin, em 1933, notaremos que a jurisprudência, além de se preocupar com a ordem pública, deveria respeitar também a liberdade de reunião. Naquele caso, o *Conseil d'État*¹⁹ discutiu sobre se as medidas policiais tomadas se justificavam em razão das circunstâncias, e se foram adequadas e proporcionais às ameaças que realmente pesavam sobre a ordem pública. E firmou o entendimento de que *a liberdade é a regra geral, enquanto que a restrição pela polícia deve ser a exceção*. A preocupação com soluções proporcionais, portanto, não é nenhuma originalidade do pensamento jurídico contemporâneo.

Muito embora não se possa dizer que a repercussão internacional da técnica argumentativa sobre a proporcionalidade seja algum tipo de “transferência de um princípio germânico” (SCHLINK, 2012, p.296), foi na Alemanha, da fase prussiana, que o modo de deliberar sobre a proporcionalidade foi intensamente adotado. Particularmente pelo desenvolvimento de técnicas argumentativas muito preocupadas em avaliar se os atos da administração pública realizavam fins constitucionais por meios adequados e se impunham restrições desmedidas aos direitos e liberdades individuais. De acordo com Schlink, o modelo prussiano de controle formal da legitimidade das restrições a direitos parece estar diretamente associado ao surgimento do ideal de *Rechtsstaat* e das novas funções que deveriam ser exercidas pela Suprema Corte Administrativa da Prússia (PSAC).

17 A partir do vocabulário proposto por Robert Alexy, intervenções relativas serão denominadas aqui de restrições, e podem ser gravíssimas, graves, moderadas, leves ou levíssimas. Quanto à gradação das restrições, ver Alexy (2008, Posfácio).

18 *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. In: *The Institutes of Justinian*. Chicago, Callaghan & Co., 1876, D.i.1.10.2, p. 68, disponível em: <<https://archive.org/stream/institutesjusti00hammgoog#page/n4/mode/2up/search/suum>>.

19 Ver, *Le Conseil d'Etat et la Jurisdiction Administrative. Contrôle des atteintes portées par le pouvoir de police à la liberté de réunion*. 19 mar. 1933, Disponível em: <www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/19-mai-1933-Benjamin>.

Nas últimas décadas do século XIX, a Suprema Corte Administrativa da Prússia desenvolveu ... uma norma que não fazia nada além de definir as atribuições da polícia no âmbito de uma jurisprudência da proporcionalidade. A Polícia foi autorizada a usar apenas os meios que eram adequados, necessários e proporcionais. Os meios deveriam ser funcionais, e era preciso não haver outros meios que fossem igualmente efetivos e menos invasivos, e os fins deveriam ser suficientemente importantes para justificar intervenções (SCHLINK, 2012, p.728, tradução nossa).

Esse contexto político da Prússia do século XIX, somado aos debates sobre a ciência do direito — em especial os desenvolvimentos da Jurisprudência dos Conceitos e da Escola Livre — foi decisivo para o surgimento do exame da proporcionalidade em termos de análise de fins-e-meios (COEHN; PORAT, 2013, p.26-27). Ainda que sem menção expressa a um suposto “teste da proporcionalidade”, a análise da finalidade de uma restrição a direitos, bem como a análise da adequação jurídica dos meios adotados para restringir, parecem ter prevalecido nas decisões daquela Suprema Corte. Mais até do que o debate doutrinário, foi a adoção dessa técnica argumentativa pela jurisprudência da Suprema Corte Administrativa - que enfrentava um cenário carregado de práticas abusivas da Monarquia e de um Parlamento - que disseminou a técnica de controle de meios e fins.

De fato, quando a distribuição de bens resulta em justas porções para as partes em conflito, a decisão pode ser qualificada de comedida, equilibrada, ajustada ou “proporcional”. Se a distribuição de bens se dá em porções injustas, então a decisão pode ser qualificada como desajustada, desequilibrada, desmedida ou “desproporcional”. Isso é tema muito antigo na tradição do direito. Mas a análise formal da proporcionalidade em etapas argumentativas de um teste racional teve suas origens no direito público germânico. E essa ideia foi progressivamente conciliada com o ideal de balanceamento de interesses, que teve origens no direito privado germânico, mais propriamente, por influência da escola livre do Direito (*Freirecht*), capitaneada por Rudolf Von Jhering (COEHN; PORAT, 2013, p.28-32).

Hoje, é bem estabelecido na doutrina germânica que o teste da verificação da proporcionalidade deve ser feito em quatro²⁰ etapas argumentativas. As duas primeiras etapas são perguntas sobre a validade de fins e adequação de meios. As duas últimas são perguntas sobre a intensidade e proporcionalidade do grau de restrição²¹. Vamos a elas, pois entender essa etapa é condição para o que virá a seguir.

A primeira etapa é um teste de *finalidade* constitucional da medida interventiva. A primeira coisa a saber é se a medida que intervém no âmbito de proteção de um direito fundamental realiza, ou não, uma finalidade constitucional. Essa primeira etapa pode ser resumida na pergunta: a norma que afeta o direito fundamental visa, ela mesma, realizar fins constitucionais? Se a resposta for positiva, então a intervenção passou na primeira fase do teste. Se os fins visados não são admissíveis pelo

20 O estudo das etapas do exame de proporcionalidade pode ser apresentado em 4 ou 3 etapas. Depende de como se explica a relação entre fins e meios. Por ser mais específico, apresentaremos as 4 etapas, em linha com a descrição proposta por Bernard Schlink (2012, p. 722); Aharon Barak (2012, p. 743) e Klatt-Meister (2012, p. 8-9). Esse modelo em 4 etapas é também reconhecido pela Constituição da África do Sul, Art. 36. Para discussões ainda mais aprofundadas sobre o controle de finalidade (ainda que entendida como parte inerente da fase da “adequação”), ver Pulido (2007, p. 694 e ss). Robert Alexy não analisa a etapa da finalidade como uma etapa particular do teste. Se os fins não são constitucionais, não é preciso discutir a relação entre meios e fins. Ver Alexy (2008, p.588; 2011, p.110; 2014, p.6). Essa tese de Alexy é correta para uma teoria, como a dele, que se concentra em discutir os elementos da proporcionalidade em sentido estrito, pois é ali que estão os casos de restrições graduais, desmedidas ou não. Agora, se se quer compreender o teste, tal como aceito na maioria das Cortes constitucionais, então é preciso reconhecer a importância autônoma do teste da finalidade, pois essa etapa condiciona todas as demais. Condiciona, claro, em termos de validade e adequação, não de proporcionalidade. Uma versão ligeiramente diferente desse teste existe no Canadá, onde também se exige que o objetivo do governo seja importante o suficiente para sobrepor-se ao direito constitucional (COHEN-ELIYA; PORAT, 2011, p. 463).

21 Sobre a importância de realizar as diferentes etapas sucessivamente, ver Virgílio A. Silva (2002, p.34).

direito constitucional, então a intervenção é inconstitucional, por desvio de finalidade. Nessa hipótese final, não é preciso analisar as etapas seguintes.

A segunda etapa é um teste dos *meios adequados* para realizar os fins constitucionais. Poderia ser resumida na seguinte pergunta: os meios eleitos realizar os fins constitucionais são adequados? Se a resposta for positiva, então a intervenção passou na segunda fase do teste. Se a medida interventiva não foi realizada por um meio juridicamente válido e adequado, então a intervenção é inconstitucional, e não será preciso ir adiante. Nessa etapa não se analisa se o meio é o mais eficiente (i.e, se é o “mais” adequado). Apenas se o meio é suficientemente adequado para realizar o fim já reconhecido como constitucional²². É uma análise de natureza predominantemente fática. Isso quer dizer que nesta fase se analisam se o meio eleito (entre muitos possíveis) é (1) válido; e mais, se, de um ponto de vista prático, é (2) adequado para realizar o objetivo almejado. O meio eleito deve ser uma grande ou pequena contribuição para realizar o fim; deve ser óbvio ou consensual; pode ser até polêmico e aberto ao debate. Agora, como diz Schlink (2012, p.723), se o meio eleito for completamente descabido, ainda que juridicamente válido, nesse caso não será um meio idôneo.

Como se vê, a análise dos meios adequados para realizar um fim reclama boa verificação empírica. Saber, por exemplo, se perfurar o crânio para retirar líquidos cerebrais é um meio adequado para determinar a capacidade mental de alguém é uma questão diferente de saber se a perfuração craniana é uma medida juridicamente válida. Envolve um juízo sobre a adequação da medida diante da experiência acumulada sobre o tema. Nessa fase, pretende-se eliminar os meios inadequados e, assim, otimizar as possibilidades fáticas de realizar os fins propostos. A fase da adequação, portanto, é essencialmente *negativa*, posto que visa eliminar os meios inadequados, ou seja, inúteis e inefetivos para realizar os fins constitucionais. E é por isso, também, que raramente se declara a inconstitucionalidade de normas por serem inadequadas (ALEXY, 2014, p.53).

A terceira etapa do teste da proporcionalidade de uma medida restritiva corresponde à análise da *necessidade*. Indaga-se da necessidade do grau de restrição estabelecido a um direito constitucional. Poderia ser resumida na seguinte pergunta: não é possível realizar os fins propostos adotando medida menos intensa contra direitos constitucionais? Como direitos constitucionais derivam de princípios que são mandamentos de otimização, e como todos os direitos constitucionais devem ser protegidos na maior medida possível, nesta etapa verifica-se a gravidade possível da restrição. Afinal, não é porque uma medida é adequada e realiza fins constitucionais que ela é a única medida possível. Sempre há a possibilidade de a pena, a multa, a indenização, a cláusula contratual, o critério de seleção, a entrega de uma prestação, enfim, de a medida interventiva colidente com direitos fundamentais ser excessiva. E tendo em vista a força normativa dos direitos constitucionais, particularmente dos direitos humanos fundamentais, toda interpretação de direitos constitucionais precisa garantir equilíbrio entre as demandas de interesse geral e as exigências de proteção de direitos individuais fundamentais²³. As medidas restritivas, portanto, devem ser as menos graves possíveis (ALEXY, 2008, p. 590).

A terceira e a quarta etapa tem algo em comum: ambas questionam o equilíbrio das restrições impostas a direitos fundamentais. Mas a quarta etapa se torna indispensável se na etapa da análise da *necessidade* for constatado que o grau de intervenção no direito fundamental não é o menos grave, e

22 Não é uma análise da medida “mais adequada” porque deve ter sido elaborada por uma autoridade constitucionalmente competente. E diante da competência para eleger os meios (i.e, diante do princípio formal que ampara a pessoa para decidir), não será competência do Poder Judiciário controlar o “meio mais adequado”.

23 Essa exigência de equilíbrio constante entre interesses gerais e direitos individuais perpassa todos os direitos constitucionais. Analogamente, pode-se ver que a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu, em vários julgados, que essa é uma característica inerente da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Ver, quanto a isso, o § 89 do caso Soering v. The United Kingdom ECHR, 07.Jul. 1989, disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/collages/42817>>.

que poderia ser outro. Agora, se a medida interventiva é o único meio de realizar o fim proposto e se a adoção da medida é urgente, então essas serão razões muito importantes a favor de sua adoção (PULIDO, 2007, p.783). Mas isso precisa ser aferido no caso concreto. Na quarta etapa se deve analisar a qualidade da medida interventiva em termos de distribuição equitativa de custos e benefícios, isto é, da justa medida, ou do equilíbrio, de restrição dos bens jurídicos implicados no caso concreto. Essa quarta fase é denominada de *proporcionalidade em sentido estrito*²⁴. Isso quer dizer que é a etapa em que, estritamente, será avaliada a distribuição proporcional das restrições. Não é mais uma discussão sobre a validade dos fins, nem adequação de meios. Nem de excessos. Agora é preciso corrigir os excessos da etapa anterior, se o caso exigir.

Como se viu, o desenvolvimento da técnica argumentativa que serve para examinar e testar a proporcionalidade de restrições impostas a direitos é algo que evoluiu a partir da jurisprudência e da teoria do direito na Alemanha. Não é possível afirmar que os Tribunais de Direitos Humanos ou que as Cortes Constitucionais apliquem a fórmula do teste de proporcionalidade homogeneamente. Na realidade, ainda parece haver importante distância entre a evolução teórica e científica em relação ao teste e, de outro lado, o modo como os Tribunais se valem dele, com exceção para o caso da Justiça do Canadá e da Alemanha (GERARDS, 2013, p.469)

Uma etapa particularmente importante, e recente, do esforço teórico para elucidar o tema se deve a Robert Alexy. Ele formulou a mais detalhada abordagem analítica para essa tradicional técnica de argumentação sobre a justiça e a segurança das medidas interventivas que afetam direitos constitucionais.

Alexy estabeleceu a existência de duas leis teóricas que regem a ponderação de princípios que se realiza, particularmente, na quarta fase do teste. A primeira lei afirma que: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p.593). Essa lei confirma que o peso de um princípio constitucional é relativo, nunca absoluto, e só pode ser dimensionado em colisão com outros. A segunda lei afirma que: “Quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, tanto maior terá de ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 617). Essa lei da segurança epistêmica leva em conta se as restrições se baseiam em eventos futuros, hipóteses ou prognósticos, suficientemente certos para autorizar restrições de direitos constitucionais. Sempre que eventos futuros entram em cena, o grau de restrição deve ser proporcional ao grau de segurança das premissas adotadas.

Com o propósito de refinar ainda mais o exame de proporcionalidade, especificamente na quarta fase, Alexy propôs uma escala triádica (ou até duplo-triádica) de graus de restrição a direitos constitucionais e atribuiu, a cada qual, o ônus argumentativo correlato. A consequência prática dessa inovação é que hoje se pode razoavelmente admitir que restrições a direitos constitucionais podem ser levíssimas ou leves (reduzidas ou fracas); podem também ser moderadas (média, intermediária); e podem ser também graves ou gravíssimas (elevada, séria, forte). Isso não quer dizer que os direitos podem ser pesados, como objetos que tem massa, pois não podem. Quer dizer, sim, que a importância dos princípios e, portanto, das razões para protegê-los, pode ser comparada tomando-se como base o conjunto de informações que o caso concreto fornecer. É importante ter claro que esta quarta fase só pode ser realizada diante de fatos concretos e a atribuição de

24 As quatro etapas não precisam ser, necessariamente, realizadas. Nem precisam seguir essa sequência. Como dito antes, haverá casos em que a medida interventiva é inconstitucional pelo fato de corresponder a um desvio de finalidade; noutros, por inadequação de meios; ou ainda por se mostrar desnecessária. É recomendável, no entanto, adotar essa linha argumentativa, visto que é prudente e lógica. Respeita o ato na maior medida possível e evolui dos problemas mais simples para os mais complexos.

razões mais leves ou densas depende dessas particularidades²⁵. E isso quer dizer, por exemplo, que se não houver razões contrapostas importantíssimas, não se pode admitir restrições gravíssimas a direitos constitucionais. Como a primeira lei da ponderação evidencia, a justeza de uma decisão que envolve a restrição de direitos constitucionais depende, decisivamente, da importância relativa dos bens jurídicos em colisão.

Esse estágio de refinamento argumentativo sofisticou muito o teste de proporcionalidade de uma decisão e o modo de argumentar diante de uma situação de restrição de um direito constitucional. A importância desse refinamento é bastante evidente. O teste da proporcionalidade refinado por Robert Alexy ampliou as possibilidades de controle de arbitrariedades em relação a direitos constitucionais. A identificação de situações de desvios de finalidades, de adoção de meios inadequados, de casos em que se opta desnecessariamente por medidas mais graves de restrição, tudo isso ficou muito mais perceptível no jogo das razões e contrarrazões do direito. E mais, ajudou a identificar desequilíbrios e, por aí, a existência, ou não, de justiça e segurança nos atos de intervenção em direitos fundamentais. Mas isso também significa, por outro ângulo, que é muito difícil justificar hipóteses de privação de direitos constitucionais.

6. NÚCLEO ESSENCIAL E INTANGÍVEL

Um dos argumentos mais difundidos no campo do direito constitucional é que existe um limite implícito e essencial a toda medida restritiva de direito constitucional: o núcleo essencial do direito. Nas últimas décadas, tornou-se um pressuposto amplamente estabelecido afirmar que o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais não pode ser afetado por norma ou medida restritiva. Dada a disseminação da ideia de que direitos constitucionais (particularmente direitos fundamentais e direitos humanos) têm um núcleo essencial intangível, uma vasta literatura, acompanhada de uma profusão de documentos jurídicos²⁶ foi produzida a fim de afirmar sua existência. Daí surgiram várias abordagens, que podem ser agrupadas em duas linhas: as que sustentam que o núcleo essencial existe e que pode ser subjetivo ou objetivo, e as que sustentam que o núcleo essencial pode ser absoluto ou relativo (ALEXY, 2008, p. 296).

De acordo com o argumento subjetivo, o conteúdo essencial diz respeito à proteção do mínimo de um direito de um indivíduo (SILVA, 2011, p.186). Já a interpretação objetiva sustenta que se trata de um mínimo a ser garantido a todos os indivíduos (ALEXY, 2008, p.297).

As teorias absolutas não admitem razões que justifiquem intervenções no núcleo essencial (SILVA, 2011, p. 187) e as teorias relativas sustentam que o núcleo essencial deve ser averiguado no

25 Para uma análise aprofundada dos problemas gerados pela confusão entre os termos pesar, comparar e ponderar princípios, ver o texto de Virgílio Afonso da Silva (2011a).

26 O tema do núcleo essencial dos direitos constitucionais e o dever de protegê-lo de intervenções restritivas aparece, com muita frequência, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ver, quanto a isso: ADI n. 2.391, Rel. Min. Ellen Gracie, Julg. em 16.8.06; ADI nº 1.923/DF, Rel. Min. Ayres Britto (Vencido). Voto condutor: Min. Luiz Fux. Pleno. Maioria, 16.04.2015; ADI-MC n. 2.381-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julg. 20.06.2001. Contudo, é no direito europeu que o tema ganhou ampla aceitação. Tanto é assim que o Art. 52 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais prevê que: 1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. O Art. 19, item 2 da Constituição da Alemanha dispõe que: Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência. Mais ainda, o Art. 53 da Constituição da Espanha dispõe que: Somente por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poder-se-á regular o exercício de tais direitos e liberdades, que serão tutelados de acordo com o previsto no Art. 161, 1, a. Na Constituição de Portugal, Art. 18, 3, pode-se ler: As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Regra muito similar aparece também no Art. 31, 3, da Constituição da Polónia e no Art. 19, item 26 da Constituição do Chile.

caso concreto, levando em consideração as restrições incidentes. As abordagens relativas rejeitam a possibilidade de se definir *abstratamente* o conteúdo essencial de um direito fundamental (SILVA, 2011, p. 196), pois “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento” (ALEXY, 2008, p. 297-298). As restrições que passam pelo teste da proporcionalidade não violam a garantia do núcleo essencial, “nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental”. O núcleo essencial, portanto, se existe, é um produto da proporcionalidade. Este é, por exemplo, o entendimento de Alexy (2008, p. 298)

No Brasil, e com relação a este ponto, podemos acrescentar o entendimento de Virgílio Afonso da Silva e de Ingo Wolfgang Sarlet. Para Virgílio, “a definição do conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição” (SILVA, 2011, p. 197). Mesmo que levíssima pode ser uma violação do conteúdo essencial, caso não seja fundamentada. Por outro lado, uma intervenção seríssima, que se justifica proporcionalmente na importância do outro princípio colidente, pode ser considerada constitucional (SILVA, 2011, p. 197-198). Virgílio A. da Silva também admite a possibilidade de nada restar após a aplicação do teste da proporcionalidade.

Para Ingo W. Sarlet (2012, p. 411), a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental diz respeito àquela “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”. Ou seja, o conteúdo essencial pode definir a fronteira entre uma restrição e uma violação de um direito fundamental.

7. ESVAZIAMENTO DE UM DIREITO CONSTITUCIONAL: CASOS DE PRIVAÇÕES DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Dessas conclusões parciais quanto ao modo de analisar antinomias jurídicas que envolvem direitos constitucionais, ou seja, a partir da separação analítica desses direitos em princípios e regras, da diferenciação de normas de direito e normas de restrição, da relevância constitucional do controle das formas e graus de restrição, da preocupação de assegurar a justa medida das restrições em direitos fundamentais, merece cuidadosa atenção a questão sobre se é possível supor uma intervenção tão intensa a um direito constitucional (mais que gravíssima) que nada reste do direito fundamental²⁷. É a hipótese do esvaziamento de um direito constitucional. Afinal, além de restringíveis (BOROWSKY, 2000) direitos fundamentais podem ser afetados de modo absoluto?

Vimos que, para Alexy, para autores que reconhecem a natureza principiológica dos direitos, e até para a Corte Europeia de Direitos Humanos, para a Suprema Corte do Canadá e também para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, as restrições a direitos fundamentais são perfeitamente admissíveis, desde que passem pelo rigoroso teste da proporcionalidade constitucional. Porém, algumas situações pertinentes não são enfrentadas a fundo nas abordagens encontradas na literatura sobre o tema. A mais importante, a nosso ver, é a situação em que o resultado da ponderação de interesses gera uma privação do direito constitucional, isto é, uma situação em que nada sobra de um direito colidente, a situação intervenção absoluta, ou de esvaziamento²⁸.

A nosso ver, a análise desse tema deve ser precedida de duas observações. A primeira é que a existência de intervenções absolutas em direitos fundamentais é um fato estabelecido no direito constitucional. A denominação estabelecida para esse fenômeno é *privação* de direitos. E tanto no

27 Ou do núcleo essencial de um direito constitucional, para aqueles que adotam a visão de que direitos fundamentais são intangíveis ou que têm, ao menos, um núcleo intangível.

28 Em algumas passagens Alexy chega a admitir a ocorrência desse fenômeno extremo, mas de forma muito rápida (ALEXY, 2008, p. 299)

Brasil, quanto noutros ordenamentos, há muitos exemplos constitucionais de privações de direitos²⁹. A segunda é que para avaliar a constitucionalidade dos casos de intervenções absolutas, ou seja, dos casos de privação de direitos constitucionais, não pode dispensar o material analítico da proporcionalidade elaborado por Robert Alexy. Afinal, as situações de privações são as que mais reclamam um minucioso e competente exame de proporcionalidade.

Iniciaremos a discussão desse ponto pela apresentação de cinco situações abstratas, porém vigentes, de intervenções absolutas em direitos fundamentais. Todas vigentes no direito brasileiro. Tratam-se das hipóteses de intervenção no direito à vida, à nacionalidade, à propriedade privada, à privacidade e à liberdade de imprensa. Correspondem a situações de 1) pena de morte; 2) aborto; 3) perda de nacionalidade; 4) quebra do sigilo de correspondência; 5) perda da plena liberdade de imprensa; 6) e expropriação de bens.

A pena de morte corresponde a uma intervenção absoluta no direito à vida, que é um direito humano. No Brasil, o direito inviolável a vida está previsto no *caput* do Art. 5º. Já a pena de morte está prevista no Art. 5º, XLVII, ambos da Constituição³⁰. A pena de morte pode ser aplicada a condenados em circunstância de guerra declarada. A legislação aplicável, nesse caso extremo, é o Código Penal Militar, Art. 56 e 57; e o Código de Processo Penal Militar, Art. 707 a 710, que preveem a morte por fuzilamento, sete dias após a comunicação à Presidência da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e se o exigir o interesse da ordem e da disciplina. Casos típicos de aplicação da pena de morte são: a prática de crime contra a soberania nacional e a deserção de militar em presença do inimigo³¹. A hipótese revela, portanto, a primeira situação de privação de direito fundamental, para que prevaleça, absolutamente, a soberania nacional e a segurança militar.

O aborto também é outro exemplo de intervenção absoluta no direito à vida. No Brasil são três hipóteses admitidas válidas. As duas primeiras estão reguladas pela legislação infraconstitucional, especificamente, pelo Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Tratam do *aborto necessário*, isto é, se não houver outro meio de salvar a vida da gestante (Art. 128, I). Há também a hipótese do *estupro*, que requer o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Art. 128, II). A terceira hipótese vem da jurisprudência do STF para o caso de malformação cerebral grave³². São três situações em que se admite a privação do direito à vida do feto para que a liberdade sexual e reprodutiva, a saúde, a dignidade e o direito de autodeterminação da mulher tenham preferência absoluta.

A próxima situação tem a ver com a vida civil e cívica. Trata-se da privação da nacionalidade. O Art. 12, em seu § 4º prevê expressamente a hipótese de *perda* da nacionalidade. É situação extrema

29 Veja-se, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos que prevê, em sua Emenda n. 5: “No person shall ... be deprived of life, liberty or property, without due process of law”, isto é, ninguém será privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Quer dizer, pode haver privação desses direitos, desde que se observe o devido processo. A Constituição do Canadá prevê, na Carta Canadense de Direitos e Liberdades, no Art. 7º, que “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”, ou seja, que todos têm direito à vida, liberdade e segurança da pessoa e também o direito de não ser privado desses direitos, exceto se for de acordo com os objetivos fundamentais de justiça”. Mais uma vez se vê a autorização para privar as pessoas de seus direitos, desde que os objetivos de justiça sejam realizados. A Constituição da Alemanha prevê no Art. 16 (1) a possibilidade de perda da nacionalidade/cidadania. A privação de cidadania pode se dar mesmo contra a vontade da parte, desde que o ato não gere uma situação de apátrida. Na América Latina, o Chile prevê a inviolabilidade da vida privada doméstica e também de todas as formas de comunicação privadas. Todavia, admite a possibilidade de violação desse direito “inviolável”, nos casos e formas definidos por lei (Art. 19, 5º).

30 Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, XIX.

31 Ver, Superior Tribunal Militar, Apelação n. 37-98.2014.7.01.0201, 14.10.2015, Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos.

32 No julgamento da ADPF n. 54, de 12.04.2012, o STF decidiu, por maioria, que é inconstitucional interpretar a interrupção da gravidez de feto anencefálico como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

e unicamente aplicável a brasileiros que tiverem cancelada sua naturalização por sentença judicial, e no caso de terem praticado ato gravemente nocivo ao interesse nacional; ou para o caso de cidadão brasileiro que assume outra nacionalidade, exceto se a lei estrangeira reconhecer a nacionalidade originária ou, pelo lado oposto, se a lei estrangeira obrigar a naturalização. O que se vê, aqui, mais uma vez, é o caso de privação absoluta de um direito fundamental, em nome de princípios, como a segurança nacional, a soberania e outros interesses gerais.

Os próximos exemplos vêm da hipótese constitucional de decretação de Estado de Sítio, tal como estabelecida no Art. 139 da Constituição. Esse artigo autoriza que um decreto presidencial prive, mesmo que temporariamente, outro direito denominado de inviolável, o sigilo de correspondência (Art. 5º, XII); e outro direito, que segundo o texto constitucional, seria insuscetível de qualquer restrição: a liberdade de imprensa³³. Não obstante a existência de ampla armadura protetiva a esses direitos, é o próprio texto constitucional, como visto, que admite a privação.

Por fim, um caso de direito patrimonial. Trata-se da expropriação, tal como regulada pelo Art. 243, *caput* da Constituição do Brasil. A expropriação de bens patrimoniais é uma situação de intervenção absoluta no direito de propriedade privada (Art. 5º, XXII). O texto constitucional (Art. 5º LIV) expressamente dispõe sobre essa possibilidade (de privação de bens), desde que observado o devido processo legal. A hipótese do Art. 243, no entanto, revela a situação exata. Dispõe que, por causa da grave conduta do particular contra o interesse geral de conter a cultura de plantas psicotrópicas ilegais e de eliminar o trabalho escravo, fica autorizada a privação completa do direito dessa propriedade privada, seja ela a única ou não. Aliás, no julgamento do RE n. 543.974-MG, em 26.03.2009, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos em plenário, decidiu que a expropriação, nesses casos, não é só da parte restrita onde a plantação ilegal se encontra. Antes pelo contrário: toda a propriedade, isto é, toda a extensão da propriedade é afetada pela medida expropriatória. Assim, se apenas 10% do imóvel continha plantas psicotrópicas ilegais, todo o imóvel, quer dizer, 100% será expropriado. Ou seja, é um caso emblemático privação autorizada de direito fundamental patrimonial, posto que sem qualquer direito de compensação ou indenização.

8. CONCLUSÕES

Reconhecemos que a afirmação da existência de intervenções absolutas pode parecer estranha, à primeira vista. Alexy não chega a afirmar expressamente a existência desse fenômeno. Além do mais, a teoria dos princípios gerou uma forte noção de que direitos fundamentais são direitos restringíveis (com o pressuposto de que são *apenas* restringíveis). A doutrina brasileira também não enfrentou o problema teórico. Predomina uma análise da sistemática das restrições e das restrições das restrições, com a teoria do núcleo essencial ainda muito em voga. Contudo, é justamente a partir da abordagem da justificação racional baseada no teste da proporcionalidade que encontramos o fundamento para controlar a constitucionalidade dessas intervenções relativas e absolutas. O controle discursivo, em bases racionais, é necessário na medida em que corresponde ao que há de mais precioso a um regime constitucional e democrático.

Neste estudo destacamos a importância da teoria dos princípios para analisar direitos constitucionais e superar conflitos que envolvem esses direitos. Salientamos também uma tese central dessa abordagem, que é dupla dimensão do direito, uma ideal e outra positiva; e procuramos demonstrar,

33 A liberdade de imprensa, além de ser definida como uma liberdade independente de censura ou licença no Art. 5º, IX, também é definida como liberdade plena (Art. 220, § 1º) isto é, não sujeita a qualquer tipo de embaraço legal. Todavia, o Art. 139, III prevê a possibilidade de restrição, por Decreto Presidencial, em caso de Estado de Sítio. Logo se vê que a despeito de afirmar “plena”, isso não significa, no discurso constitucional, que “é absoluta”.

também, como dessa perspectiva direitos constitucionais estão, em última análise, vinculados à realização de dois princípios: a segurança e a justiça. Exploramos também como a teoria dos princípios aborda direitos constitucionais e como o teste de proporcionalidade pode ser lido a partir das duas Leis da Ponderação de Robert Alexy.

Como dito no início, o exame da proporcionalidade é um meio necessário para resolver conflitos de direito de modo democrático, pois essa técnica exige amplo esforço argumentativo das partes e a maior proteção possível dos direitos constitucionais.

Agora é preciso realçar que a teoria dos princípios não analisou a fundo o fenômeno da privação (ou esvaziamento) de direitos, e que esse fenômeno existe. Por outro lado, a teoria dos princípios oferece o vocabulário instrumental para compreendê-lo. Primeiro porque é uma teoria que reconhece que direitos constitucionais, enquanto princípios, podem sofrer restrições e, enquanto regras, exceções. Portanto, a perspectiva dual dos direitos e de suas restrições (direito de um lado, restrições de outro) é indispensável para lidar com a situação do esvaziamento de direitos, ou seja, a situação de privação de direitos constitucionais.

Todavia, o artigo permite concluir que se a linguagem básica das restrições é extremamente útil para compreender os graus leve, moderado e grave (e suas variáveis intermediárias) de intervenções relativas no âmbito de proteção de direitos constitucionais, a situação das privações é insuficientemente analisada pela abordagem das restrições. Todos os casos discutidos no item 5 têm em comum a circunstância de que se tratam de situações sujeitas a intervenções para além do grau máximo de restrição. São hipóteses em que nada resta do direito fundamental para o titular que está sendo afetado e, no entanto, não são hipóteses de extrema injustiça (TRIVISSONO, 2016). Antes podem ser hipóteses de intervenção absoluta legítima, ou seja, de privação protegida pelo direito constitucional.

Os exemplos apresentados parecem suficientes para refutar a ideia de que direitos constitucionais são *direitos restringíveis até um certo ponto extremo*. Também parecem indicar que a concepção de *núcleo essencial* intangível deve ser peremptoriamente afastada. Não existe um suposto direito absoluto de não intervenção num suposto núcleo essencial dos direitos humanos constitucionais e fundamentais.

No entanto, admitir isso não é o mesmo que admitir a inutilidade do teste de proporcionalidade, em sua versão refinada pela teoria contemporânea, ou das duas Leis da Ponderação de Robert Alexy. Tanto a primeira quanto a segunda são perfeitamente aplicáveis para compreender e controlar a legitimidade das situações de privação.

Se, afinal, direitos fundamentais são direitos restringíveis e também sujeitos a privações, será preciso avaliar, em cada caso, a qualidade das razões adotadas para admitir a mais drástica das medidas interventivas. Isso não significa, nem de longe, afirmar que o critério formal seja definitivo neste tema, ou seja, que o Constituinte nunca poderá ter se excedido. A teoria dos princípios e sua abordagem discursiva é necessária para aferir se, nesses casos de privações, há razões mais do que gravíssimas para justificar intervenções absolutas em direitos constitucionais. Somente se for possível controlar racionalmente a qualidade das razões adotadas por uma autoridade competente (ainda que constituinte) será admissível uma decisão que resulte numa *privação* de direitos constitucionais, pois privações são admissíveis, violações, não. Assim, a decisão de uma Assembleia Nacional Constituinte que formula regras constitucionais que autorizam a privação de direitos constitucionais pode ser válida se, e somente se, respeitar as Leis da Ponderação. O caso brasileiro mais emblemático de superação de uma restrição estabelecida pela própria Assembleia Nacional Constituinte, e declarada excessiva, foi o que se passou quando o STF julgou o caso do Depositário Infiel (STF. RE 466.343. Tribunal Pleno, DJe 5.6.2009)³⁴.

34 Ver nota 14, acima.

A teoria dos direitos constitucionais, e particularmente, a dos direitos fundamentais, precisa reconhecer que intervenções absolutas em direitos fundamentais existem e que nem todas correspondem a situações legítimas, ou seja, há situações legítimas, as privações, e há situações ilegítimas, as violações. O que separa uma da outra é o equilíbrio de interesses envolvidos.

Por isso é útil, e necessário, distinguir casos de restrição (sempre casos de intervenção relativa, em graus), de casos de privação (sempre casos de intervenção absoluta, porém com suficientes razões constitucionais) e os casos de violações (sempre casos de intervenção relativa ou absolutas, porém com insuficientes razões constitucionais).

Esta é a tese deste artigo.

Contudo, a esta altura deve estar claro que afirmar isso não é abrir a oportunidade para tolerar toda e qualquer a intervenção absoluta em um direito fundamental. Pelo contrário, é chamar a atenção para o que a teoria dos princípios oferece de mais importante: que qualquer intervenção em direito fundamental deve ser densamente justificada e que, quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto mais fortes devem ser as razões constitucionais (ou de direitos humanos – dependerá do tipo de direito em questão - que as apoiam. Admitir isso não é promover o esvaziamento arbitrário e irresponsável do conteúdo dos direitos fundamentais. É sim reconhecer a natureza retórica do conceito de *núcleo essencial* dos direitos constitucionais, e também que direito das sociedades democráticas admitem intervenções absolutas.

As conclusões mais relevantes deste artigo são, portanto, duas. A primeira é de ordem prática: direitos fundamentais não são apenas direitos suscetíveis a limitações e a restrições relativas, isto é, direitos que podem ser otimizados. Direitos fundamentais admitem também situações de intervenções absolutas, isto é, admitem privações de uns em face da plena realização de outros. A consequência disso é que se fragilizam, irrecuperavelmente, as abordagens que afirmam que toda intervenção no suposto núcleo essencial de um direito fundamental corresponde a uma inconstitucionalidade. O estudo dos casos de perda da vida, da nacionalidade, da propriedade, do sigilo de correspondência e da liberdade plena de imprensa sustentam essa primeira conclusão. A segunda conclusão é de natureza teórica. A análise da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy não é refutada por esta crítica. Todavia, fragiliza-se a interpretação de que a teoria dos princípios seja apenas uma teoria dos direitos fundamentais como direitos restringíveis. Fortalece-se, em compensação, a abordagem oferecida pela teoria do discurso racional das razões e contrarrazões para solucionar conflitos que importam restrições, privações e violações de direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley Paulson. Oxford: Oxford University Press, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Luís Afonso Heck (Org/Trad). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. Law of Ukraine 1, 2011, p. 39-50. Disponível em: <<http://pravoua.com.ua>>.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Princípios formais: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Organização: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Túffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Constitutional rights and proportionality*. Revus [on line] (CNRS) 22, 2014, p.51-65.

BARAK, Aharon. *Proportionality*. In: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Michael Rosenfeld and Andras Sajò (Coord.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. 10^a. ed. Milano: Francesco Sanvito Editore, 1858.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria Celeste C. L. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10^a Edição, 1999.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista espanhola de derecho constitucional*. Ano 20, num. 59, Maio-agosto 2000.

COEHN-Eliya, Moshe, and Iddo PORAT. *Proportionality and constitutional culture*. Cambridge University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *Faculty Scholarship Series*. Paper 3609., 1967. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609/>. Acesso em: setembro de 2015.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Jeferson Camargo. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

GERARDS, Janneke. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights. I-CON, V.11, n.2, p. 466-490

HARE, Richard Mervyn. *The language of morals*. 2^a. Ed. London, UK: Oxford University Press, 1960. [versão eletrônica].

JANSEN, Nils. Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho. In: SIECKMANN, J.(ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. London: Oxford University Press, 2012.

POSCHER, Ralf. Acertos, Errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. In: SIECKMANN, J.(ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. 3^a. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHLINK, Bernard. *Proportionality in constitutional law: why everywhere but here?* Duke Journal of Comparative & International Law 22, 2012, p. 291-302.

SCHLINK, Bernard. *Proportionality*. In: The Handbook of comparative constitutional law. Michael Rosenfeld e Andrés Sajò (Coord). Oxford: Oxford University Press, 2012, p.718-737.

SILVA, Virgílio Afonso da. Proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002, p. 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, Nº. 2, 2011a, p. 273–301.

SIECKMANN, Jan, R. Los derechos fundamentales como principios. SIECKMANN, J.(ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO, Alexandre. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]*, [S.l.], p. 97-122, fev. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9676>>. Acesso em: 23 Jul. 2017.

The Institutes of Justinian. Chicago, Callaghan & Co., 1876.

Recebido em: 09/04/2017

Aprovado em: 23/07/2017

Como citar este artigo (ABNT):

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.32, p.85-104, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.