

OS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Eduardo Rocha Dias

Procurador Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As restrições a direitos fundamentais: principais concepções; 3. Uma proposta de identificação dos limites à restrição de direitos na CF/88; 4. Concepções ampla e restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a competência para operar restrições. O princípio da concordância prática; 5. Conclusões e exame de alguns casos concretos.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se examinar neste estudo o tema dos limites às restrições de direitos fundamentais de acordo com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista a ausência, em referida Carta, de previsão expressa sobre o papel que os poderes constituídos podem desempenhar nesse campo.

Ressalta-se, inicialmente, o caráter extremamente complexo e conflituoso das sociedades modernas, que se reflete nas respectivas cartas constitucionais tanto na consagração do pluralismo político, quanto no reconhecimento de direitos fundamentais dotados de uma *vis expansiva* geradora de freqüentes colisões. Diante de tal quadro, a metodologia subsuntiva tradicional, originada no campo do direito privado, em que havia uma pretensão globalizante e não lacunar de disciplina da realidade, mostra-se insuficiente para dar conta da necessidade de concretizar conceitos indeterminados e abertos e articular direitos fundamentais e valores conflitantes. Alternativas que busquem fugir à idéia de sistema e fundar uma abordagem baseada na análise exclusiva dos casos concretos,

como a tópica, correm o risco de originar insegurança e falta de controlabilidade¹. Parece mais adequada uma abordagem não baseada exclusivamente na subsunção e que permita integrar a linguagem aberta e lacunosa das normas de direitos fundamentais, sem que com isso se abandone uma idéia de justificação racional dos resultados. A partir das idéias de FRIEDRICH MÜLLER², a interpretação constitucional deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo também uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva. Ao mesmo tempo, no entanto, a aplicação de normas que revestem a natureza de princípios, por meio de um procedimento de ponderação, não pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de incorporar uma dimensão crítica que permita aos intérpretes e aos operadores do direito manter uma postura de vigilância. Somente assim os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, conforme exigem os postulados do princípio do Estado de Direito Democrático.

2. AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRINCIPAIS CONCEPÇÕES

Como restrição deve-se entender qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário, que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando “a vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, bem como enfraquecendo “deveres e obrigações, em sentido lato, que da ne-

¹ Ao referir-se à tópica, THEODOR VIEHWEG esclarece não se tratar de um sistema, mas de uma técnica baseada na análise dos problemas concretos e na apresentação de argumentos (*topoi*) destinados a possibilitar sua solução (*Tópica y Jurisprudência*. Madri: Taurus, 1964, p. 24). Uma das principais críticas atribuídas à tópica é que, muito embora o raciocínio jurídico implique a apresentação de argumentos e pontos de vista, sua mera catalogação não é suficiente para desenvolver um pensamento ordenado, racional e passível de justificação intersubjetiva. Nesse sentido, examinar KARL LARENZ (*Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 173).

² *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 61 et seq. Também KONRAD HESSE adota referido entendimento (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 49 et seq. e 61 et seq.).

cessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”³. Pode-se falar em restrição em sentido amplo, abrangendo, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais⁴, e em sentido restrito, compreendendo as atuações normativas ou “leis restritivas”, nos termos do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa⁵. Referido dispositivo, a exemplo do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn, que o inspirou, regula a aplicação dos chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites às restrições de referidas posições jurídicas.

Na Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não se prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, vem identificando como “limites aos limites”, além da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5º, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade)⁶.

As previsões do artigo 18 da Constituição portuguesa e do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn permitem concluir que a filiação teórica a eles subjacente é chamada “teoria externa” dos limites aos direitos fundamentais, ou “pensamento de intervenção e limites”. Para essa corrente, e em termos resumidos, a função principal dos direitos fundamentais é a defesa do indivíduo ante atuações

³ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157. JORGE MIRANDA, ao tratar dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídico-constitucional portuguesa, menciona as restrições, distinguindo-as dos limites ao exercício de direitos, dos condicionamentos, da regulamentação e da concretização legislativa (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Edição, 2000, p. 329 et seq.). As restrições envolvem a amputação ou compressão das faculdades compreendidas em um determinado direito, decorrentes de previsões específicas. Já os limites dizem respeito ao modo de se exteriorizar a prática de um direito, decorrente de razões ou condições de caráter geral, o qual pode desembocar em condicionamentos, ou seja, no estabelecimento de requisitos para o seu exercício. A regulamentação, por outro lado, compreende o preenchimento ou desenvolvimento legislativo do direito. A concretização, por sua vez, implica o estabelecimento de normas que conferem exequibilidade a dispositivos que dela carecem total ou parcialmente.

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 209 et seq.

⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 227.

⁶ Examinar, a propósito, GILMAR FERREIRA MENDES (*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241 et seq).

estatais, típica marca da teoria liberal dos direitos fundamentais, para a qual toda intervenção em referida esfera é excepcional e deve ser expressamente prevista⁷. Ocorre que tal teoria pressupõe que o legislador constituinte tenha sido clarividente o bastante para introduzir reservas e restrições explícitas, já que, no silêncio da Constituição, não são admitidas restrições. Malgrado tal finalidade garantística, não é factível exigir que o legislador constituinte possa prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, muito menos pretender que, dado o caráter expansivo de referidas posições jurídicas, não surjam conflitos entre direitos e bens jurídicos constitucionais fora das hipóteses expressamente previstas.

Diante de referidas deficiências, a chamada “teoria interna dos limites dos direitos fundamentais” busca, basicamente, superar o caráter liberal e individualista da “teoria externa”, pela afirmação de que a liberdade somente faz sentido no quadro da sociedade juridicamente conformada e ordenada e que o indivíduo não existe isolado da comunidade⁸. A afirmação de tal caráter institucional e comunitário do direito leva a reconhecer o importante papel do legislador na efetivação e na conformação da liberdade, bem como que os direitos fundamentais não podem violar bens jurídicos de valor igual ou superior. Logo, os limites não seriam “externos” aos direitos fundamentais, mas seriam suas “fronteiras”, afirmando-se desde “dentro”, ou seja, seriam limites “imanescentes”. A eventual previsão destes últimos como reservas de intervenção do legislador ou como restrições teria, na verdade, o caráter de mera declaração. As leis, por sua vez, não constituiriam limites, mas simplesmente concretizariam, interpretariam e revelariam as fronteiras do conteúdo dos direitos⁹. Contrariamente à teoria externa, o perigo da teoria interna é que ela desarma o cidadão ante o Poder Público, reforçando o âmbito de intervenção deste último, o que origina um déficit no

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 292 et seq. O fundamento de tal consideração encontra-se no princípio da “repartição” ou “divisão”, formulado por CARL SCHMITT, que caracterizaria o Estado Liberal de Direito: a liberdade dos indivíduos é em regra ilimitada; já o poder do Estado é, em princípio, limitado (*Dottrina della Costituzione*. Milão: Giuffrè, 1984, p. 173).

⁸ HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 79 et seq., especialmente p. 83-84; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 310-311; MENDES, Gilmar Ferreira, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 225.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 313-314.

controle de sua atuação. Ademais, torna prescindível o recurso aos requisitos formais previstos na Constituição, como é o caso do artigo 18 da Carta portuguesa, para a restrição de direitos fundamentais.

Diante de tais deficiências, costuma-se recorrer ao modelo dos direitos fundamentais como princípios como tentativa de estabelecer um procedimento adequado e controlável de argumentação e fundamentação jurídica, de forma a justificar as restrições aos direitos fundamentais, no caso a metodologia da ponderação¹⁰. Os princípios são normas dotadas de maior generalidade e abstração, vinculando-se mais nitidamente a valores, e carecendo de concretização. São mandatos de otimização, uma vez que se aplicam na medidas das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Distinguem-se das regras, passíveis de aplicação em termos definitivos, de “tudo ou nada”, mediante uma subsunção dos fatos concretos. Os princípios possuem uma dimensão de peso e as regras uma dimensão de validade. Isso significa que os primeiros, caso entrem em conflito, não são excluídos do ordenamento jurídico, mas submetidos a uma ponderação, pela qual, na decisão do caso, ocorre a cedência de um diante do outro. Mas isso não impede que em outra situação se decida pela aplicação do princípio oposto. Já no caso de conflito entre regras, a solução deverá levar ao reconhecimento da invalidade de uma das regras, ou à aplicação de uma cláusula de exceção que tenha sido introduzida¹¹.

As normas de direitos fundamentais têm, em regra, a natureza de princípios, levando a que as posições jurídicas nelas assentadas somente se convertam em direitos definitivos após uma ponderação com os princípios opostos nas circunstâncias do caso concreto. É de capital importância, portanto, reconhecer as normas constitucionais que revistam a natureza de princípios, para o fim de se proceder à referida ponderação, distinguindo-as das normas-regras, que se pres-tam a uma aplicação fundada na metodologia subsuntiva. Tal nem sempre é fácil,

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 339-341. No Brasil, GILMAR FERREIRA MENDES adota a perspectiva de que as normas de direitos fundamentais têm a natureza de princípios, por definirem apenas posições *prima facie*, parecendo pender para uma perspectiva de restrições fundada na teoria externa mas que reconhece papel importante para a metodologia da ponderação (*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 225-226). Entendendo, por sua vez, que as normas de direitos fundamentais podem revestir tanto a forma de regras quanto de princípios, examinar SUZANA DE TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 155).

¹¹ SARMENTO, Daniel. “Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens”. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 50 et seq.

porém, principalmente se for adotado um critério forte de distinção entre regras e princípios¹². As regras, por exemplo, podem também ser realizadas em maior ou menor medida, como aquela regra que proíbe a ultrapassagem pela direita, mas que pode encontrar diferente acatamento por parte dos condutores nas situações concretas. Por outro lado, há grande diversidade nas formas de proteção de bens jurídicos, tanto por meio de regras quanto de princípios, o que também afasta uma distinção forte entre referidas espécies de normas. Nos casos difíceis, em que não se possa reconhecer que uma dada norma reveste a natureza de regra ou de princípio e se já foram efetuadas todas as ponderações devidas pelas instâncias legitimadas para tal, a distinção forte também se mostra problemática. Admitir, por fim, que a qualificação de uma norma como regra ou princípio possa depender de vicissitudes históricas ou da vontade do constituinte, já que dela dependerá o reconhecimento de maior ou menor margem de restrição por parte dos poderes constituídos, leva a que se busque uma distinção fraca e gradual entre as duas realidades¹³. Nos casos difíceis, lembre-se, não se recorre à subsunção, mas à ponderação, não se identificando uma solução apriorística. Em alguns casos, evidentemente, poderá a Constituição adotar um determinado entendimento e resolver uma colisão entre direitos fundamentais de forma tendencialmente inequívoca. A regra, porém, é que não é possível tipificar-se e regular-se todas as eventuais colisões que venham a ocorrer.

Ao lado das restrições imediatamente decorrentes da Constituição e das que são estabelecidas por lei, com fundamento em autorizações contidas nas normas constitucionais, admitem-se restrições não expressamente autorizadas

¹² NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 344-345.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 353. No mesmo sentido, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*La Ponderación de Bienes e Interesses en el Derecho Administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000, p. 46-47). Este último alude à circunstância de o próprio ALEXÝ referir-se a proposições que têm um “duplo caráter”, de regra e princípio, o que contraria uma distinção qualitativa entre referidas espécies de normas (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 135 et seq.). Tal ocorre quando o que é estatuído por uma disposição de direito fundamental é completado com normas susceptíveis de subsunção, com a ajuda de cláusulas que fazem referência a ponderações. Em suma, tem-se que pode haver regras, princípios, normas que são predominantemente regras e normas que são predominantemente princípios. Da mesma forma, pode-se afirmar que não há uma diferença categorial entre a subsunção e a ponderação como métodos de aplicação do direito. Uma norma qualificável como regra pode exigir a realização de ponderações em virtude de, por exemplo, conter um conceito jurídico indeterminado carente de valoração.

pela Constituição¹⁴. Não se mostra adequado considerar estas últimas como “limites imanentes” aos direitos fundamentais¹⁵, mas elas se impõem por uma necessidade de ponderação entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais relevantes, ante a impossibilidade de o legislador constituinte prever todas as possíveis colisões de direitos e bens constitucionais, de forma a, em cada caso concreto, assegurar a convivência entre referidos bens e direitos. Não se trata de hierarquizá-los, nem de identificar, com base em uma teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, limites não escritos apriorísticos. Todos os direitos fundamentais, nessa perspectiva, estão submetidos a uma “reserva geral imane de ponderação”, pela qual se busca compatibilizar, de um lado, a interpretação que os poderes constituídos fazem do interesse público e, de outro lado, as garantias decorrentes da liberdade individual¹⁶. Uma interpretação constitucionalmente adequada e que leve em conta a força normativa da Constituição deve levar, por outro lado, a considerar as interpretações e

¹⁴ Sobre o tema, J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1276-1277 e 1279-1283) e JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 254 et seq.).

¹⁵ Adotando posição mais matizada, KONRAD HESSE (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 251 et seq.) entende que a identificação de limites aos direitos fundamentais significa a determinação do âmbito da norma, da parcela da realidade que é objeto de garantia, a qual muitas vezes é conformada juridicamente. Tal limitação pode dar-se em virtude de ordens normativas adicionais eventualmente contidas na garantia do direito fundamental (como a limitação da liberdade de reunião a encontros “pacíficos”). São limites imanentes, a serem determinados por interpretação. Por outro lado, o autor distingue a identificação de limites imanentes da previsão de restrições aos direitos fundamentais, com base em reservas de intervenção legislativa. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 292 et seq.), por sua vez, apesar de aceitar a figura dos limites imanentes, rejeita os pressupostos básicos da chamada teoria interna das restrições. Para ele, e à semelhança de KONRAD HESSE, há o primeiro momento de determinação do âmbito normativo dos direitos fundamentais, por meio da consideração de limites expressos ou implícitos, que leva a afastar de referido âmbito situações ou formas de exercício de direitos não aceitas pela Constituição de forma absoluta, que lesem os direitos dos outros ou valores comunitários fundamentais. Os limites imanentes, assim, são obtidos por interpretação, não se confundindo com o segundo momento, o da restrição a direitos fundamentais por parte do legislador. No Brasil, SUZANA DE TOLEDO BARROS (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 166 et seq.), após reconhecer ao legislador uma “implícita autorização” para regular conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos em colisão na ausência de uma reserva de intervenção expressa, em decorrência dos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática, faz vincular tal possibilidade à existência de limites imanentes, fundados nos direitos dos outros e na cláusula de comunidade. Em última instância, a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais e a necessidade de ponderações levariam à afirmação de tais limites imanentes.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 570 et seq.

ponderações efetuadas em abstrato pelo constituinte, bem como as reservas colocadas nos direitos fundamentais. Isso pode levar à consagração como regras de determinadas garantias jurídicas fundamentais, como é o caso da vedação da pena de morte no Brasil, passíveis de uma aplicação subsuntiva e definitiva. Na maior parte das vezes, contudo, as normas de direitos fundamentais revestir-se-ão da natureza de princípios, mediante o recurso a fórmulas abertas e a conceitos indeterminados carentes de um preenchimento valorativo, o que torna evidente a necessidade de se adotar uma ponderação¹⁷.

3. UMA PROPOSTA DE IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES À RESTRIÇÃO DE DIREITOS NA CF/88

No Brasil, SUZANA DE TOLEDO BARROS¹⁸ e GILMAR FERREIRA MENDES¹⁹ aludem às restrições legais simples, às reservas legais qualificadas e a direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal. Nas primeiras, há uma remissão abrangente ao legislador, que tem autorizada a possibilidade de restringir o âmbito de proteção de direitos fundamentais, inclusive por meio da densificação de conceitos ou institutos jurídicos; nas segundas, a Constituição fixa as condições em que se fará a restrição, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados; por fim, na ausência de previsão de intervenção, ambos os autores entendem que o legislador pode intervir. Para GILMAR FERREIRA MENDES, tal possibilidade decorre do inciso II do artigo 5º da CF/88, que estabelece uma “cláusula de reserva legal subsidiária”. Defende ele a idéia de que, no caso de direitos fundamentais não submetidos a reserva de lei restritiva, a ação limitadora seja revestida de cautela redobrada. Quanto aos bens jurídicos em face dos quais seria admissível a restrição, defende o autor, com base na doutrina alemã, a noção de que devem tratar-se de direitos de terceiros ou revestir hierarquia constitucional. Criticando esse último entendimento, uma vez que aquilo que deve prevalecer é o conteúdo material do bem em causa, e não sua localização formal em um plano constitucional ou infra-constitucional, bem como o peso relativo de cada um dos bens em colisão, examina JORGE REIS NOVAIS²⁰.

¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 574-575.

¹⁸ *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 161 et seq.

¹⁹ *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 227 et seq.

²⁰ *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 620-621.

No tocante ao direito brasileiro, defende-se aqui a opinião de que devem em regra ser observados os princípios da reserva legal, da proporcionalidade e da igualdade na restrição de direitos fundamentais não dotados de uma reserva de intervenção. Não se mostra adequado, por sua vez, invocar-se o respeito ao núcleo essencial do direito fundamental que vier a ser restringido. Lembre-se que há duas concepções acerca do “núcleo essencial”²¹. Para as chamadas teorias absolutas, ele seria um núcleo fundamental, determinável em abstrato, que seria intocável por ser dotado de maior intensidade valorativa. É reconduzido à dignidade da pessoa, ou à projeção de referida dignidade em cada direito, ou aos elementos típicos que conferem caráter ao direito, dentre outras concepções. Para as teorias relativas, o núcleo essencial não poderia ser apartado dos princípios da exigibilidade e da proporcionalidade. Ora, não apenas o respeito ao núcleo essencial não se encontra previsto na CF/88 como sua aplicação não traz qualquer reforço do nível de tutela dos direitos fundamentais. Isso porque, se for adotada uma perspectiva relativa da defesa do núcleo essencial, esta dificilmente pode ser distinguida do princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso e da ponderação. A adoção de uma perspectiva absoluta, por sua vez, conduz quer à sua identificação com outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da igualdade ou da dignidade da pessoa, quer a uma difícil e pouco consistente tentativa de identificar um núcleo irreduzível de proteção²².

²¹ Nesse sentido, examinar JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 304 et seq.).

²² Examinar, nesse sentido, JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 779 et seq.) e MARIANO BACIGALUPO (“La Aplicación de la Doctrina de los ‘Límites Inmanentes’ a los Derechos Fundamentales Sometidos a Reserva de Limitación Legal”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 13, n. 38, maio-agosto de 1993. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, p. 301-302). Este último autor ressalta que a garantia do respeito ao conteúdo ou núcleo essencial perdeu boa parte de sua operatividade prática em favor do princípio da proporcionalidade. Normalmente, se este for respeitado, não há lesão ao núcleo essencial do direito fundamental. O respeito ao núcleo intangível de um direito fundamental tem se transformado em mero “filtro” subsidiário e acessório do princípio da proporcionalidade. Reconhece-lhe, porém, alguma utilidade em situações em que haja um conflito de bens e direitos e um deles tenha um caráter absolutamente preferencial, exemplificando com o direito à intimidade. Segundo a jurisprudência atual do Tribunal Constitucional Federal alemão, faz-se referência ao respeito ao núcleo duro de um direito apenas quando se opõem a intimidade pessoal e o direito à informação, para o fim de admitir a limitação desta última a fim de salvar o conteúdo essencial do primeiro. Assim, a referência ao núcleo essencial somente é admissível, na atualidade, nos casos, infrequentes sem dúvida, de colisões em que a preferência absoluta outorgada a um dos direitos em choque impossibilite uma ponderação. KONRAD HESSE também assevera que a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção do núcleo essencial (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 267-268). Em sentido contrário, considerando que a CF/88 ampararia a necessidade de se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais em virtude da previsão constante do parágrafo 4º de seu artigo 60, examinar INGO WOLFGANG SARLET (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 120-121). Referido dispositivo prevê, como limite material do poder constituinte reformador, a vedação de propostas de emendas tendentes a abolir os direitos e garantias individuais.

No caso brasileiro, a ausência de uma norma geral sobre restrições a direitos fundamentais, em vez de uma deficiência, pode ser considerada um dado positivo, pois, ao evitar o problema de interpretação do alcance de normas como o n° 2 do artigo 18 da Constituição portuguesa²³, deixa para a jurisprudência constitucional a possibilidade de reconhecer a existência de uma reserva geral de ponderação, com fundamento no artigo 5º, incisos II e LIV, da CF/88. Na Espanha, a propósito, onde o artigo 53, n° 1, da Lei Maior submete os direitos e liberdades do capítulo II de seu título primeiro a “regulação” por lei, independentemente da existência ou não de reservas de intervenção, também se reconhecem as vantagens de que daí advêm, ao evitar-se a referência a um conceito controvertido como o de limite imanente e ao ampliar as possibilidade de controle de leis restritivas pela sua submissão aos “limites dos limites”²⁴.

4. CONCEPÇÕES AMPLA E RESTRITA DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A COMPETÊNCIA PARA OPERAR RESTRIÇÕES. O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Também é de se indagar se deve ser adotada uma concepção ampla ou restritiva da previsão normativa de direitos fundamentais. Isto é, se deve ser mantido o âmbito protetivo *prima facie* de cada direito e, *a posteriori*, com fundamento em uma ponderação, excluir-se determinados aspectos do aludido

²³ JORGE REIS NOVAIS, a propósito (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 587 et seq.), conclui que a previsão normativa constante do n° 2 do artigo 18 da CRP não deve ser interpretada literalmente, seja porque é inexecutável, seja porque é juridicamente inconsistente, uma vez que implica o abandono do princípio da unidade da Constituição e da necessidade de harmonizar e compatibilizar direitos e bens jurídicos em colisão, negando sua força vinculante. O sentido de referida previsão normativa é de um apelo ou advertência dirigido aos poderes constituídos, no sentido de ressaltar o caráter excepcional e carente de especial justificação das restrições não expressamente autorizadas. Estas últimas devem se sujeitar a controles adequados, de forma a respeitar o caráter de “trunfos ante o poder político” dos direitos fundamentais. Mesmo na ausência de reservas expressas, sujeitam-se referidas posições jurídicas a uma reserva de ponderação; no entanto, a ausência de reservas significaria que o constituinte não procedeu a nenhuma ponderação prévia com outros bens e direitos. Em conseqüência, deixou para os poderes constituídos a possibilidade de o fazer, devendo, porém, ser observados critérios de legitimação e de justificação acrescidos, além do respeito aos requisitos constitucionalmente previstos para as restrições. Na ausência de reservas, a competência do juiz, principalmente o constitucional, sobre as ponderações realizadas deve ser total, já que, quando os direitos são consagrados com reservas, estas últimas condicionam o âmbito do controle jurisdicional (op. cit., p. 600-601).

²⁴ Nesse sentido, examinar LUIS AGUIAR DE LUQUE (“Los Limites de Los Derechos Fundamentales”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, janeiro/abril de 1993, p. 20).

âmbito que impedem uma concordância prática entre os bens e valores constitucionais²⁵ ou se é possível afastar de tal âmbito determinadas situações e condutas. Com efeito, trata-se de dois momentos lógicos distintos: o da determinação do “âmbito da norma” e o da identificação de restrições²⁶. A adoção de tal procedimento estruturado em fases permite afastar o recurso aos requisitos procedimentais e institucionais de restrições a direitos fundamentais nos chamados casos fáceis²⁷. Ademais, mostra-se mais adequada constitucionalmente uma perspectiva restritiva, que leve a afastar de referido âmbito protetivo as situações evidentes de lesão aos princípios básicos da ordem jurídica, sobretudo as que configuram ilícitos criminais ou que produzam danos sociais intoleráveis²⁸. A definição de tal âmbito inicia com a interpretação das normas de direitos fundamentais, identificando o que pode de forma segura ser incluído na garantia que delas decorre. A análise de conceitos contidos nas normas de direito fundamental, levando em conta a integração necessária entre norma e realidade, serve para o apuramento inicial de referida esfera de proteção. Para tal fim, é de se referir o contributo de FRIEDRICH MÜLLER, que busca incluir no âmbito normativo do direito fundamental apenas as modalidades típicas e não substituíveis de ação. Nesse sentido, a liberdade artística não inclui a possibilidade de se cometer um assassinato durante a encenação de uma peça, já que estão abertas ao titular do direito outras modalidades típicas de exercício que não sejam proibi-

²⁵ Assim, no caso do direito de greve dos servidores públicos, tem-se, que a princípio, ele seria amplo e irrestrito. Posteriormente, diante da necessidade de ponderar o âmbito protetivo de tal direito com outros bens e valores constitucionais, como a tutela da saúde e da vida, pode-se chegar ao reconhecimento da necessidade de se estabelecer limites ao direito de greve dos servidores que atuam nos serviços de saúde, assegurando uma prestação mínima de serviços à população. Examinar, a propósito, J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282. Uma concepção ampla, no entanto, pode levar a situações constitucionalmente inadequadas, como na hipótese de integrar na liberdade religiosa a possibilidade de se efetuar sacrifícios humanos ou na liberdade de manifestação artística a possibilidade de se pintar veículos de terceiros. Defendendo uma posição ampla da previsão normativa dos direitos fundamentais, examinar ROBERT ALEXY (*Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 299 et seq.).

²⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 251; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212 et seq.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 431.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 427.

das²⁹. Em seguida, deve-se buscar definir o que está seguramente excluído de tal âmbito, com fundamento em um juízo de evidência que dispense valorações e ponderações. Lembre-se que o critério da evidência aqui lembrado pode eventualmente se mostrar problemático por poder se revestir de subjetivismo. Defende-se, porém, o argumento de que somente as situações caracterizadas como ilícitos penais materiais de forma incontroversa e universal (matar, roubar, destruir o patrimônio alheio, violar, dentre outras), e não toda e qualquer situação circunstancialmente contida na previsão normativa de uma norma penal incriminadora, e as situações que, mesmo não passíveis de sanção criminal, sejam radicalmente incompatíveis com a vida em sociedade e ensejem uma reprovação social e jurídica consensuais, é que podem ser consideradas como excluídas do âmbito de proteção de normas de direitos fundamentais³⁰.

Por fim, é de se lembrar os problemas de competência e de habilitação decorrentes da necessidade de determinar se os mesmos requisitos exigidos para as restrições decorrentes da atuação do legislador devem ser observados pelas intervenções restritivas operadas pela Administração. Se, a princípio, a resposta é afirmativa, sobretudo nos casos em que a atuação de autoridades administrativas é prevista em normas constitucionais e deve ser objeto de regulação legislativa, podem sobrevir situações em que a ausência de norma habilitadora ou de suficiente densidade normativa não pode constituir empecilho a intervenções restritivas da Administração destinadas a proteger bens jurídicos relevantes ou a operar uma composição entre bens e interesses em colisão. É o caso de situações de urgência administrativa, muitas vezes associada a missões de polícia administrativa, mas que exigem adequada ponderação por parte do intérprete e a devida justificação da solução encontrada³¹. Também o Judiciário,

²⁹ Nesse sentido, examinar JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 400-401 e 419). O autor ressalta a importância da obra de MÜLLER para a afirmação da necessidade de uma perspectiva mais restritiva do âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Critica, porém, o fato de MÜLLER tentar restringir ao momento da delimitação da previsão normativa a resolução do problema dos limites aos direitos fundamentais consagrados sem reservas, entregando a fixação do âmbito normativo a especulações subjetivas e transferindo para este momento a realização de ponderações e valorações que pretendia evitar.

³⁰ Não se pode esquecer de que há situações “neutras” em termos de inclusão na previsão normativa ou de sua exclusão, em relação às quais JORGE REIS NOVAIS propõe que seja adotada uma estratégia de *defining out*; ou seja, de inclusão inicial no âmbito protegido e de posterior exclusão de categorias ou modalidades de exercício que apenas aparentemente beneficiavam da proteção, impondo-se, porém, o ônus de justificação de tal procedimento sobre quem sustenta a exclusão (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 434-436). Este processo não é necessariamente isento de valorações e ponderações.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 475 et seq. e 866.

em razão de sua atividade, pode vir a restringir direitos fundamentais e a compor conflitos entre referidas posições jurídicas, devendo igualmente observar os requisitos referidos.

Lembre-se a possibilidade de ser alegado o fato de que a atuação do Judiciário e, em última instância, dos tribunais constitucionais poderia vir a subverter o princípio democrático, uma vez que alteraria uma decisão legislativa oriunda de representantes eleitos. Tal afirmação, no entanto, não atenta para a adequada caracterização do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito na atualidade. A afirmação de direitos fundamentais afasta do âmbito de disponibilidade do legislador e dos demais poderes uma série de matérias, vinculando o Estado no sentido de concretizá-los³². Caberá ao Judiciário efetuar o controle das ponderações realizadas pelo legislador (e também pela Administração) à luz dos direitos fundamentais, que constituem o “parâmetro da aferição da respectiva constitucionalidade”. A atuação do Judiciário e das cortes constitucionais, portanto, que só é legítima enquanto puder fundar-se em parâmetros jurídicos do Estado Constitucional e não como alternativa política ao legislador, não viola a repartição constitucional de competências, mas deve se manifestar como controle dos limites e requisitos que a própria Constituição impõe ao legislador³³.

Cumpre, ainda, aclarar a distinção entre ponderação e o chamado princípio da concordância prática, freqüentemente invocado como pauta a disciplinar a interpretação constitucional³⁴. Por meio da concordância prática, de certa forma uma conseqüência do princípio da unidade da Constituição, tem-se que os poderes públicos, ao concretizarem as disposições desta última, devem buscar harmonizá-las e alcançar um equilíbrio “ótimo” entre elas, ou seja, pressupõe-se um conflito entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais e predica-se, para sua solução, que seja adotada uma interpretação que evite o total ani-

³² Nesse sentido, KONRAD HESSE (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 230).

³³ A propósito, examinar JORGE REIS NOVAIS (*As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 696-697).

³⁴ Nesse sentido, KONRAD HESSE (*Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 66-67); J.J.GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225); INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (*Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 91) e MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS DINIZ (*Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 263).

quilamento de um dos direitos ou bens em causa. Pode-se reconhecer na concordância prática um *plus* em relação à ponderação, ou seja, não apenas se impõe esta última, de forma a se evitar que um dos bens ou direitos em colisão seja sobreavaliado em detrimento da satisfação do outro, mas vai-se além e se determina que seja alcançada a efetividade ótima possível entre eles³⁵. O apelo à chamada “concordância prática” destina-se nitidamente a “domesticar” a ponderação, evitando que esta última leve ao sacrifício de um bem diante de outro³⁶. É de se ressaltar, no entanto, que as situações concretas de conflitos entre direitos raramente chegam a opor a totalidade de um deles contra outro. É mais comum o choque entre aspectos parcelares do âmbito protegido de um e de outro bem jurídico. Ademais, a medida “ótima” de realização de um bem ou direito em face de outro, nos casos concretos, e na ausência de uma medida menos restritiva, pode ser justamente o total afastamento de um ante o outro; mas, aqui, o que se afasta ou se “aniquila” não é o direito fundamental “em abstracto” ou a “liberdade por ele protegida”, mas sim “uma concreta modalidade de exercício ou parcela do bem que se acolhia sob a sua protecção”³⁷. Tal “aniquilamento”, portanto, não é absoluto, não podendo ser ilimitado no tempo, nem abranger todas as pessoas ou todos os domínios da vida dos indivíduos. Há que se respeitar, por outro lado, disposições que consagram uma tutela em termos definitivos e absolutos, como a proibição da pena de morte.

Ademais, como tradicionalmente expresso, o chamado princípio da concordância prática desconhece e mesmo entra em choque com a necessidade de se atribuir às normas de direitos fundamentais, na maior parte das vezes, a natureza de princípios; isto é, disposições que devem ser aplicadas de forma gradual e na medida das possibilidades fáticas e também jurídicas. O afastamento de uma concreta modalidade de exercício de um direito, em um determinado caso, ante o maior peso de um direito contrário, não leva à expulsão da norma por meio da qual ele se expressa do ordenamento jurídico; ou seja, as situações de colisão entre princípios não se resolvem no plano da validade, mas sim no plano

³⁵ Nesse sentido, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*La Ponderación de Bienes e Interesses en el Derecho Administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000, p. 28-29).

³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 66.

³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 690.

do peso³⁸. Mostra-se, com efeito, imprescindível a realização de ponderações, com o eventual afastamento, nos casos concretos, de um dos bens ou direitos em colisão. Daí por que a concordância prática deve ser entendida em termos. Não é realista predicar que se pode sempre alcançar um ponto de equilíbrio e de satisfação ótima entre os bens e direitos que não implique a possibilidade de se afastar uma modalidade de exercício destes nas situações concretas.

5. CONCLUSÕES E EXAME DE ALGUNS CASOS CONCRETOS

Adota-se neste estudo o entendimento de que a restrição a direitos fundamentais em geral, incluindo aqueles cujas normas não prevêem a possibilidade de intervenção legislativa, deve observar os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade, vedando-se casuísmos. Como um dos contributos da metódica concretista de FRIEDRICH MÜLLER, mencione-se a maior adequação constitucional de uma perspectiva mais restritiva do âmbito protegido por normas de direitos fundamentais. Defende-se neste estudo a idéia de que se deve afastar do momento posterior à identificação de tal âmbito, qual seja, a ponderação entre bens e direitos, condutas consagradas universal e consensualmente como criminosas ou geradoras de grandes danos. Evita-se, assim, a mobilização dos limites às restrições de direitos fundamentais em hipóteses em que na verdade não há uma autêntica colisão entre direitos fundamentais.

Exemplifique-se com o exame da inviolabilidade de correspondência, prevista pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição. Lembre-se que, apesar de prevista aparentemente sem possibilidade de restrição, referida inviolabilidade poderá ser condicionada nas hipóteses de Estado de Defesa e de Estado de Sítio, nos termos, respectivamente, da alínea “b”, do inciso I, do parágrafo 1º do artigo 136 e do inciso III do artigo 139 da CF/88. Trata-se, no entanto, de restrições temporárias e excepcionais. Mas, e em situações de normalidade institucional? A inviolabilidade referida reveste-se da natureza de regra ou poderá ser tratada como princípio e, portanto, ceder ante outros bens e direitos? Tal norma, na maior parte dos casos, deve ser considerada uma regra, susceptível, portanto, de aplicação em termos definitivos, ante a proximidade do valor que pretende tutelar da dignidade da pessoa. Não parece, no entanto, que o legisla-

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 26-27; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 89-90.

dor esteja impedido de regular eventuais colisões com outros direitos ou bens jurídicos, servindo-se do artigo 5º, inciso II, da CF/88 e do princípio da proporcionalidade. Devem, porém, ser apresentadas boas razões e argumentos que justifiquem tal cedência.

Condutas criminosas ou que produzam grandes danos não devem ser consideradas como abrangidas pelo seu âmbito de proteção. Assim, se alguém pretender enviar tóxicos, dinheiro falso ou um produto nocivo à saúde por meio da correspondência, não pode invocar a inviolabilidade referida. A Administração, por sua vez, seja a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ou a direção de uma penitenciária, por exemplo, pode usar dos meios necessários (aparelhos de raio X, cães farejadores de substâncias proibidas) para coibir referidas práticas, independentemente de lei, desde que de forma devidamente justificada e motivada. Não há aqui qualquer colisão de direitos nem restrição que tornem necessário ponderar posições jurídicas e aplicar os requisitos da legalidade e da proporcionalidade³⁹.

Examine-se, ainda, o direito de greve dos servidores públicos. Ele é previsto pelo inciso VII do artigo 37 da Constituição, uma norma que consagra um reserva simples de intervenção do legislador, ou seja, que entrega a este em termos amplos a definição de como se dará o seu exercício. Estarão a Administração e o Judiciário, em consequência, na ausência de lei, impedidos de atuar, por exemplo, no tocante a uma greve que tenha paralisado os serviços de emergência de um hospital público ou em que tenha ocorrido a ocupação de um prédio público ou o impedimento da entrada de quem queira trabalhar? Não parece. A greve no serviço público deve ser tratada de forma diversa da greve na iniciativa privada. Os danos que ela pode provocar não afetam apenas o “patrão” governamental, mas toda a sociedade. A prestação de serviços públicos, alguns dos quais são essenciais, não pode sofrer interrupção em decorrên-

³⁹ ALEXANDRE DE MORAES lembra que o Supremo Tribunal Federal, no HC 70.814-5/SP e na Carta Rogatória 7.323-2, admitiu a interceptação das cartas de presidiários pela administração penitenciária, respeitados certos parâmetros, sempre que elas estejam sendo utilizadas como instrumentos de crimes, não sendo admissível que a sua inviolabilidade sirva para acobertar ilícitos (*Direito Constitucional*. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 84). Lembrou-se a possibilidade de restringir referido direito com fundamento na segurança pública, na disciplina prisional ou na preservação da ordem jurídica. No caso das penitenciárias, é de se lembrar o parágrafo único do artigo 41 da Lei de Execução Penal, que trata da possibilidade de se restringir a correspondência do preso, por ato motivado do diretor do estabelecimento. Entende-se neste estudo, porém, que a hipótese não é de restrição, mas sim de explicitação de uma modalidade de conduta não incluída no âmbito de proteção da norma que consagra a inviolabilidade da correspondência.

cia do princípio da continuidade. Ademais, a atuação do Poder Público, por meio de seus servidores, é indispensável à satisfação inadiável de necessidades coletivas. Por tais razões, deverá o legislador ponderar adequadamente os bens em conflito, de forma a possibilitar o exercício de referido direito sem, no entanto, ensejar graves prejuízos à sociedade. Paralisar a emergência de um hospital público, com a possibilidade de causar mortes e lesões graves à integridade física, não é, porém, uma conduta que possa ser coberta pelo direito de greve. Pode-se presumir que o legislador jamais consagraria referida conduta. Como está fora do âmbito de proteção do direito, pode ser coarctada por medidas administrativas (corte do ponto, desconto dos dias parados), que deverão ser motivadas e dotadas de suficiente fundamento normativo, e judiciais (reintegração de posse no caso de invasão das dependências, aplicação de multa para permitir o acesso de quem queira trabalhar, imposição do comparecimento de um percentual mínimo da força de trabalho, destinado a atender a situações emergenciais e inadiáveis, dentre outras). Tais medidas não invadem o âmbito de proteção do direito, nem a competência do legislador para dispor sobre o direito de greve dos servidores públicos, pois, como visto, as condutas coibidas estão fora do âmbito de proteção do direito fundamental em causa.

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, no Mandado de Injunção nº 20 (Relator Ministro Celso de Mello) se manifestou no sentido de que a norma constitucional que consagra o direito de greve dos servidores públicos não é auto-aplicável, carecendo da edição de lei, sem o que referido direito não poderá ser exercido. Em outra decisão, a referida corte entendeu que não ofende a competência privativa da União para disciplinar o direito em comento o decreto de Governador que - a partir da premissa de ilegalidade da paralisação, à falta da lei exigida pela Constituição - discipline suas conseqüências administrativas, disciplinares ou não (ADInMC 1306, 30.6.95, julgamento: 16/05/2002, DJU de 14/06/2002, p. 126). Sobre os limites do direito de greve dos servidores, examinar, ainda, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região na AMS 81228 (Relator Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJU de 20/11/2002, p. 413). A distinção efetuada neste estudo entre o âmbito protegido do direito fundamental e as condutas que podem ser consideradas, de forma consensual e evidente, como excluídas de tal âmbito, permite justificar a intervenção da Administração e do Judiciário no caso das segundas, afastando o argumento de que se trata de uma invasão do campo atribuído pela Constituição ao legislador na regulação do direito em comento.

