

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: UMA COMPATIBILIZAÇÃO POSSÍVEL?

MARCO AURÉLIO VENTURA PEIXOTO

Advogado da União, Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à FUNASA,
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

“El Estado de Derecho será, pues, el imperio de la Ley, la convivencia dentro de las Leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales.”

(EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA)¹

Sumário: 1. Noções Iniciais – 2. Os direitos fundamentais como garantia de cidadania – 2.1. Os direitos fundamentais em sua tradicional classificação doutrinária – 3. O Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade – 3.1. Direito e Lei: conceitos sinônimos? -3.2. O princípio da legalidade em seu contexto histórico – 3.3. A legalidade vista em seu sentido lato – 3.4. O princípio da reserva legal – 3.5. A razoabilidade e a proporcionalidade enquanto ferramentas para o controle e a aplicação da legalidade – 4. Os Direitos Fundamentais e os Poderes Legislativo e Judiciário na experiência do Direito Estrangeiro – 5. Os limites dos direitos fundamentais submetidos à reserva legal: a polêmica sentença proferida pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão – 6. Conclusão: a necessidade de compatibilização do princípio da legalidade com os demais direitos fundamentais – 7. Bibliografia

1. Noções Iniciais

A questão da compatibilização entre os direitos fundamentais e o princípio da legalidade detém relevante destaque, quando se procede ao estudo dos direitos fundamentais, sendo instrumento de bastantes debates e, principalmente, de muita divergência, tanto na legislação, como na doutrina e na jurisprudência, brasileiras ou dos demais ordenamentos estrangeiros.

As Constituições, de uma maneira geral, conferem à legalidade uma posição de supremacia, como um dos princípios básicos dos mais diversos ordenamentos jurídicos.

O caráter fundamental dos direitos humanos é traduzido, na ótica jurídica, como um conceito de resistência do particular, frente às decisões dos órgãos políticos e governamentais.

1 ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho Y Facultades Interpretativas Y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución*. In Revista Española de Derecho Constitucional. Madri: ano 4, n. 10, 1984, p. 12.

Insertos nessa posição privilegiada, ocorre que alguns desses direitos fundamentais apresentam uma resistência peculiar, que demanda maior regulação e proteção.

Alguns direitos fundamentais fazem nascer obrigações de conteúdo positivo, o que faz necessitar um maior detalhamento legal por parte do legislador positivo.

Ao se analisar inicialmente a relação entre os direitos fundamentais e o princípio da legalidade, é de se ter que, em princípio, deve a lei ser respeitosa com tais direitos, da mesma forma que assim o deve ser com qualquer outra norma de conteúdo constitucional, em obediência a um outro princípio, qual seja, o da hierarquia normativa, que coloca as disposições constitucionais no topo do sistema jurídico.

No entanto, a liberdade conferida ao Poder Legislativo, para a formatação e a regulamentação dos direitos fundamentais tem de encontrar, sem dúvida, limites nos próprios postulados desses direitos, a fim de evitar que o legislador ordinário se sobreponha ao constitucional, legislando e regulamentando, ao seu bel-prazer, matérias que são verdadeiras garantias aos cidadãos inseridos em um ordenamento.

Indubitavelmente, esta não é uma tarefa fácil. Doutrinadores dos mais diversos países tem se debatido a res-

peito do tema. Encontrar os limites e a perfeita harmonia entre os direitos fundamentais e o princípio da legalidade é um dos desafios que encanta os juristas até os dias atuais.

E este é, portanto, o tema do nosso presente estudo. Analisar-se-ão a importância dos direitos fundamentais no contexto da sociedade atual, o conceito e a relevância do princípio da legalidade, em um Estado Democrático de Direito, bem como os conflitos existentes e os meios propostos, com vistas à compatibilização dos institutos.

2. Os direitos fundamentais como garantia de cidadania

Os direitos humanos fundamentais, na concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde antigas tradições arraigadas nas mais diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Ditas idéias encontravam, pois, um fundamental ponto em comum, qual seja, a necessidade de limitação e de controle dos abusos de poder do próprio Estado e das suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno².

2 MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 5ª Ed., 2003, p. 19.

O poder e a liberdade são fenômenos sociais contraditórios, que tendem a se anular reciprocamente, demandando do direito uma regulamentação, a fim de se impedir tanto a anarquia quanto a arbitrariedade. E nessa linha de raciocínio é que surge a importância da Constituição Federal, a qual consagra os direitos fundamentais a serem exercidos pelos indivíduos.

Constitucionalizar os direitos fundamentais não representa uma mera enunciação formal de princípios, mas sim a plena positivação de direitos, a partir dos quais o indivíduo pode exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia.

O respeito aos direitos fundamentais, notadamente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado democrático de direito.

Os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana.

E a previsão desses direitos é colocada em elevada e suprema posição hermenêutica, comparando-se com os demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apontando a doutrina como suas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, complementariedade e irrenunciabilidade. Dessa

característica da irrenunciabilidade, apontada por muitos, é que surgem as maiores divergências a serem tratadas no decorrer do presente estudo.

2.1. Os direitos fundamentais em sua tradicional classificação doutrinária

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduz ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. E, nessa linha, a revolução francesa exprimiu em 3 princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais: liberdade (1º geração), fraternidade (3ª geração) e igualdade (2ª geração).

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo, que passamos a expor.

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em

grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência e ou de oposição perante o Estado.

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Ao contrário da primeira geração, exigem do Estado prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

E, finalmente, são direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles dependem a con-

cretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

3. O Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade

Não há como se falar na existência de um Estado Democrático de Direito sem que se esteja fundado no respeito ao império da lei. Os direitos fundamentais, assegurados na Constituição, representam uma fronteira comum a todos os poderes do Estado. Nada impede, no entanto, que sejam estes regulamentados, em seu exercício, por atos posteriores à Constituição.

O devido processo legal surgiu com o nítido objetivo de estabelecer limites aos poderes estatais, no entanto, logo se verificou que não bastava apenas limitar o Estado do ponto de vista procedimental previsto em lei, era necessário também o estabelecimento de limites à produção destas normas, a fim de que prevalecesse a razoabilidade das leis³.

Depois de um triste e lamentável período na história política mundial, no qual se destacaram, dentre outros, os regimes fascista e comunista, em que se desvalorizava a separação de poderes, a independência do Legislativo e do Judiciário e os direitos e

3 BALTHAZAR, Ezequiel Antônio Ribeiro. "A legalidade no Estado democrático de direito: necessidade de razoabilidade e de proporcionalidade das leis." In *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 62.

garantias fundamentais, é de se dizer que, com o fortalecimento das Cartas Constitucionais, nos mais diversos cantos do mundo, com algumas exceções, vive-se uma era de crescimento, fortalecimento e desenvolvimento da experiência democrática.

E é exatamente neste cenário que se afigura a legalidade, como um dos direitos fundamentais mais lembrados e defendidos pelas distintas ordens normativas.

Quando se está diante de um Estado de Direito, a atuação do poder deve ter como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade.⁴

O devido processo legal é caracterizado como uma das garantias de liberdade do indivíduo diante do Estado, o qual tem o dever positivo de oferecer garantias aos seus cidadãos. Aplicado sob a ótica substantiva, referido princípio é detentor de relevância constitucional em todos os sistemas jurídicos que prezam por um regime democrático.

A legalidade deve reger a atuação da administração pública, e como princípio moral fora da esfera do direito. É, no entender de Karl Larenz, um elemento imperativo de justiça e exercitá-lo é também um mandamento moral.⁵

Como dito, a legalidade encontra-se inserta na grande maioria das constituições democráticas, como um direito fundamental que não garante apenas a atuação do direito de conteúdo material, mas também impõe, por igual, limites importantes à ação do Estado, a ponto de se constituir em um impedimento às ações arbitrárias do Estado contra aqueles que se encontram sob a sua atuação.

A noção de Estado Democrático de Direito não representa um mero conceito formal, mas sim um conceito que tende a realizar verdadeira democracia social. Concretiza-se, pois, em vários subprincípios, dentre os quais se destacam a proteção jurídica e as garantias processuais, que exigem, para além de um procedimento justo, o adequado aceso, assim como a realização do direito.⁶

3.1. Direito e Lei: conceitos sinônimos?

Sabemos todos que o direito resulta da vida em sociedade. Todos,

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23.

5 LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1995, p. 189.

6 GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord). *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 183-184.

nas primeiras lições, em qualquer Faculdade de Direito, ouvem sempre a célebre frase *ubi societas, ibi jus*, que significa que, onde existir uma aglomeração social, haverá sempre a presença de normas jurídicas, mais ou menos complexas.

A doutrina costuma remontar as origens do princípio da legalidade à Cláusula 39 da Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, o qual buscou prever as possíveis violações praticadas pelo Rei contra um homem livre.

De lá para cá, o conceito evoluiu tanto, que já não se concebe uma democracia sem a obediência à legalidade. A revitalização da legalidade, em verdade, possibilitou ao devido processo legal transformar-se no mais importante instrumento jurídico para a proteção das liberdades públicas nos Estados Unidos da América e nos demais países que a incorporaram em sua ordem constitucional. Através dela, pois, a Constituição se pôs a serviço da democracia e do futuro.⁷

Não podemos, no entanto, confundir o direito com a lei. Aquele sempre existiu, de forma mais ou menos evoluída, mas sempre esteve presente na vida social. A lei, no entanto, é uma experiência mais recente, que proporciona, indubitavelmente, maior segurança a toda e qualquer relação ou ordem

jurídica. É uma experiência sem a qual não mais poderíamos conceber um sistema jurídico que se pretenda moderno e democrático.

3.2. O princípio da legalidade em seu contexto histórico

Sabemos todos que, não obstante a lei tenha cumprido o seu papel desde a Antiguidade, de forma bem menos complexa que a que ora trabalhamos, o conceito que usamos atualmente é mais moderno, originado no Estado de Direito, o qual fora instaurado na segunda fase da Era Moderna.

Na fase inicial do Estado de Direito, que fora o período do liberalismo, o papel do Estado se resumia na proteção da propriedade e da liberdade dos indivíduos. Ao Direito era assim atribuída a tarefa de garantidor das liberdades individuais.

E para que fossem protegidas as liberdades individuais, nessa fase, fazia-se primordial que a Administração Pública estivesse submetida à lei, que fosse emanada do Parlamento, expressão da vontade popular. O Poder Executivo não detinha o poder de editar normas, competindo-lhe apenas a execução.

O que se pode criticar desse período inicial é que, naquele tempo, a aplicação do princípio da legalidade tinha uma visão muito restrita, limitada apenas à proteção da propriedade

7 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2. Ed., 1989, p. 78.

e da liberdade individual, de modo que aquilo que estivesse fora desse âmbito, não estaria sujeito à incidência do princípio.

Já no final do século XIX, fomentavam-se as insurgências contra o liberalismo, em dois posicionamentos. De um lado, havia os extremados, que negavam os direitos individuais, de que são exemplos o nazismo, o fascismo e até o comunismo. De outra sorte, havia as posições intermediárias, que atribuíam ao Estado um papel mais ativo, intervencionista na ordem econômica e social.

Por estes tempos, aumentaram as funções a cargo do Estado, o que acarretou o crescimento do aparelho administrativo e o fortalecimento do Poder Executivo. Sofreu com isso, no entanto, o princípio da separação de poderes, em vista de que funções normativas foram atribuídas ao Executivo, com regulamentos ou instrumentos afins.

A lei, nesse período, perdeu um pouco do prestígio que desfrutava anteriormente, seja porque se desvinculou da idéia de justiça, seja porque perdeu o caráter de generalidade e abstração, passando a ser encarada em seu aspecto meramente formal, e deixando de ser vista como um instrumento de garantia dos direitos individuais.⁸

Pode-se, no entanto, nesse mesmo intervalo temporal, indicar um aspecto positivo na evolução do princípio da legalidade, visto que se passou a exigir a submissão de toda a Administração Pública à lei, de modo que ela somente estaria autorizada a fazer o que a lei permitisse. A crítica doutrinária persiste no ponto em que, não obstante toda a Administração restasse subordinada à lei, esta passou a abranger atos normativos editados pelo Executivo, com força de lei.

Já na visão do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade teve notável ampliação, passando a abranger não apenas as leis e atos normativos do Executivo com força de lei, mas também valores e princípios contidos de forma expressa ou implícita na Constituição.

Nesse momento, a lei recupera o seu conteúdo axiológico, de forma a buscar reduzir a discricionariedade administrativa do período imediatamente anterior.

Surgiram, ademais, mecanismos outros, como o direito à informação, à publicidade e à motivação dos atos administrativos, a fim de permitir a ampliação do controle administrativo, além de entes como os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos, funcionando como ouvidorias para as denúncias de irregularidades no agir do administrador.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Limites da Função Reguladora das Agências Diante do Princípio da Legalidade". *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003, p. 40.

Na realidade atual, encontramos a preocupação de restabelecer a liberdade individual, a qual fora afetada e reduzida em função do Estado intervencionista. Tem-se buscado reduzir o papel do Estado, com instrumentos como o da privatização, quebra de monopólios, desregulação, concessão e permissão de serviço público e terceirizações, cabendo ao Estado a função de planejamento e regulação, através de mecanismos como os das agências reguladoras, fenômeno que já chegou ao Brasil.

Essas novas características nos permitem falar que a regulação cria novo tipo de direito, negociado, flexível, indicativo. No entanto, é um direito, o qual convive com as tradicionais formas de produção legislativa, que apresentam imperatividade, generalidade e abstração, e gera inúmeras discussões sobre os limites e possibilidades de quem pode, no contexto atual, exercer a função regulatória no ordenamento brasileiro.

3.3. A legalidade vista em seu sentido lato

O despotismo, que havia sido a grande e lamentável marca do período absolutista, quando o Estado era o rei, cedeu espaço à autoridade constituída e limitada, além de legitimada por canais de representação política. O governo dos homens passou a ser o governo das leis.⁹

O legalismo estatal foi assim formado, pelo menos na experiência ocidental, com a superação do direito consuetudinário, o qual predominava na Idade Média, pela prevalência do direito escrito, que acabou consagrado e supervalorizado, a partir da lei.

E cabe à Constituição estabelecer a própria hierarquia das leis e de um sistema hierárquico de normas. Afigura-se assim a legalidade como uma das primeiras limitações do poder estatal de disciplinar o exercício das liberdades humanas.

3.4. O princípio da reserva legal

Em sentido contrário ao princípio da legalidade, que se apresenta como um tanto quanto genérico ou abstrato, a reserva legal, vista como princípio, demonstra-nos a exigência de lei formal, elaborada pelo Poder Legislativo, segundo normas previamente previstas pelo Poder Constituinte, a fim de especificar e regulamentar matérias da Constituição.

No entender de Alexandre de Moraes, a legalidade estabelece a necessidade de lei elaborada conforme as regras constitucionais do processo legislativo, a fim de que possa impor comportamentos forçados. Já a reserva legal incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição, de modo que, se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade,

9 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *Ob. Cit.*, p. 81.

apenas alguns estão submetidos ao da reserva da lei, que é de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, por exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem a participação normativa do Executivo.¹⁰

O mestre constitucionalista Canotilho, por sua vez, ensina-nos que, em relação a certas matérias, a Constituição preferiu a lei como meio de atuação das disposições constitucionais, mas não proibiu a intervenção de outros atos legislativos, desde que a lei formal isso mesmo autorize e estabeleça, previamente, os princípios e objeto de regulamentação das matérias, que viria a ser a reserva relativa.¹¹

Já o Ministro do Supremo Tribunal Federal, e também constitucionalista, Gilmar Ferreira Mendes, afirma, em referência à reserva legal, que, em se tratando de imposição a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.¹²

3.5. A razoabilidade e a proporcionalidade enquanto ferramentas para o controle e a aplicação da legalidade

A legalidade, entendida como uma das pilastras fundamentais de todo e qualquer sistema jurídico que se pretenda democrático e moderno, é garantidora, como antes dito, da própria segurança jurídica nas relações sociais.

Nesse contexto, o princípio da legalidade se aproxima mais de uma garantia constitucional fundamental que de um mero direito individual, vez que não vem a tutelar, de forma específica, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir injunções que lhe venham a ser impostas por via diversa da lei.¹³

A lei, portanto, não pode e nem deve afrontar os direitos e garantias fundamentais assegurados aos indivíduos. A norma legal tem que possuir, assim, conteúdo que obedeça, dentre outras coisas, ao próprio princípio da razoabilidade.

Isto porque uma lei que não é razoável pode ser tida como arbitrária, abusiva, casuística, o que deve sempre ser repudiado em seio social. Em tal matéria, o próprio Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tem se pronunciado no sentido de que, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas, o Estado não dispõe de competência para legislar

10 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: 10. Ed., 2001, p. 68.

11 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 635.

12 FERREIRA MENDES, Gilmar. "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: n.º 23, dez/1994, p. 475-469

13 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 194.

de forma imoderada e irresponsável, subvertendo os fins que regem o desempenho da função estatal.

No que diz respeito à proporcionalidade, nossos estudiosos inspiram-se, basicamente, na doutrina dos alemães, que afirmam ser necessária a concorrência de três condições, quais sejam, a adequação, que exige que as medidas sejam aptas aos objetivos; a exigibilidade, que indica que o meio utilizado deve ser o menos danoso; e a proporcionalidade *stricto sensu*, que representa o equilíbrio entre danos e resultado.¹⁴

Proceder ao controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis afigura-se, em nosso entendimento, como tarefa primordial nos sistemas de Constituição rígida. Não que se queira atribuir mais poderes ao Judiciário, mas no sentido de se evitar que o legislador, no desempenho de suas funções, extrapole os limites do razoável e do admissível, sobrepondo-se aos anseios e garantias sociais.

No quadro atual em que se vive, não mais se admite uma postura simplesmente passiva, por parte do Estado. Pelo contrário, este deve estar em constante procura pelo bem estar de seus administrados. Sua atuação não pode, pois, ser desproporcional, arbitrária, leviana, devendo sempre ser pautada por lei e, especialmente, em franca obediência aos ditames

constitucionais, notadamente os que versam sobre direitos e garantias fundamentais.

4. Os Direitos Fundamentais e os Poderes Legislativo e Judiciário na experiência do Direito Estrangeiro

Consoante já fora anteriormente dito, a intervenção da lei no domínio das liberdades públicas resulta inevitável. De um lado, os direitos fundamentais aparecem nas constituições, simplesmente declarados, e estas apenas oferecem as linhas gerais de seu regime jurídico, que deve ser concretizado pelo legislador.

Por outro lado, nos sistemas democráticos, os Parlamentos são os representantes da soberania nacional, não da encarnada historicamente no texto constitucional, mas sim da soberania que se expressa em eleições periódicas, de modo que a eles se atribuem a legitimidade democrática e a liberdade política de conformar a convivência social de acordo com determinados valores ou postulados ideológicos.

Em princípio, a lei deve ser respeitosa com os direitos fundamentais, do mesmo modo que deve ser com qualquer outra decisão constitucional. A liberdade política reconhecida ao Poder Legislativo, a fim de dar a forma ideal ao sistema de liberdades,

14 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 22. Ed., 1999, p. 219.

de acordo com os postulados ideológicos majoritários, encontra o seu limite no respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Dita especial vinculação do legislador, ao império dos direitos fundamentais, parece ser, por outra parte, um objetivo bastante notório no Direito Comparado.

Nos Estados Unidos, a Corte Suprema elaborou a doutrina da “preferred position”, a qual reduz a limites muito estreitos a normal presunção de constitucionalidade das leis, quando estas têm por objetivo interferir no âmbito da liberdade garantida pelas dez primeiras emendas, que compreendem o sistema americano de direitos fundamentais.

Já o preceito espanhol se inspira, indubitavelmente, na Lei Fundamental de Bonn, mas requer uma interpretação autônoma da doutrina alemã. Inicialmente, porque não contém uma habilitação para o legislador interferir no âmbito das liberdades, mas tão só um limite específico que opera, quando possui essa habilitação oriunda de outro título. Além disso, o ordenamento espanhol reconhece uma reserva genérica em favor da lei, a fim de regular o exercício dos direitos.

Não é fácil definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, porque se cuida de um conceito jurídico indeterminado, não bastasse o fato de que cada direito encerra o seu próprio núcleo de essencialidade.

O conteúdo essencial de um direito subjetivo se compõe das faculdades ou possibilidades de atuação necessárias para que o direito seja reconhecido como pertinente ao tipo descrito e sem as quais deixa de pertencer a este tipo.

Efetivamente, assim, o conteúdo essencial de um direito compreende aqueles elementos mínimos que lhe fazem reconhecível, que impedem o seu desaparecimento ou a sua transformação em outra coisa. E ainda, para que se determine o conteúdo essencial, não basta acudir à Constituição, mas há que se indagar na esfera dos conceitos jurídicos tradicionais. Desse modo, o conteúdo essencial não coincide simplesmente com o conteúdo constitucionalmente declarado.

A caracterização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, no direito espanhol, não deixa de demonstrar alguns problemas particulares, uns derivados das próprias carências de linguagem normativa, e outros originados nas decisões nem sempre uniformes do Tribunal Constitucional daquele país.

Não parece, pois, que na Espanha, a cláusula do conteúdo essencial tenha julgado de um modo unidirecional, em favor de uma interpretação conservadora da Constituição, e nem tampouco que se invoque apenas em relação com os direitos subjetivos de larga tradição naquele ordenamento.

É cediço que nenhum juiz, e muito menos um juiz constitucional, representa um papel de instrumento inanimado, o qual apenas pronuncia as palavras da lei. Contudo, não convém exagerar o âmbito da atividade judicial, e nem carrear toda a culpa sobre os conceitos jurídicos indeterminados.

Certo é que todo Tribunal e, de um modo peculiar, uma Corte Constitucional, projeta em suas decisões componentes morais, ideológicos e subjetivos, mas a existência de valores e princípios ou de cláusulas, como a do conteúdo essencial, genérica e inconcreta, não propicia necessariamente a aparição de um Direito livre ou que abra as portas a concepções políticas do intérprete.

A lei, em sua elaboração, a fim de que seja válida, deve respeitar o conteúdo essencial dos direitos e, ademais, há de justificar qualquer invasão no âmbito das liberdades.

Esta última é uma exigência reiterada na jurisprudência dos tribunais competentes em matéria de liberdades públicas. Os direitos humanos fundamentais são, em sua essência, ou caso se prefira, são por natureza imanentes, derivando da própria necessidade de preservar não apenas os demais direitos, mas também outros bens constitucionalmente valiosos.

Não se trata, neste contexto, de se determinar qual é o bem mais impor-

tante, pois, salvo exceções, são todos por igual, especialmente quando o conflito se coloca entre os próprios direitos fundamentais. Conforme dita a doutrina alemã, a cláusula do conteúdo essencial deve ser interpretada como um limite dos limites, como um limite insuperável que se eleva uma vez que a disposição limitadora se acredita em si mesma como legítima ou suficientemente justificada.

Em verdade, finalmente, resultam muito discutíveis os argumentos que as Cortes Constitucionais, especialmente a espanhola, utilizam para considerarem razoáveis e justificadas a exclusão da objeção, de modo que o que agora interessa destacar é que se opera uma relativização manifesta do conceito de conteúdo essencial, que não atua como limite autônomo e diferenciado da necessidade de justificação, mas se identifica plenamente com ela.

5. Os limites dos direitos fundamentais submetidos à reserva legal: a polêmica sentença proferida pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão

É de se identificarem duas categorias básicas em se tratando dos direitos fundamentais: de um lado, aqueles submetidos expressamente a uma reserva ou habilitação de limitação legal, e de outro lado, aqueles que não o estão.

Os primeiros se diferenciam dos segundos, em vista de conterem uma cláusula adicional ao enunciado do direito garantido, segundo o qual este só pode ser limitado por lei ou com apoio nela. Tal cláusula é comumente denominada reserva de lei ou reserva de limitação legal.¹⁵

O princípio da proporcionalidade seria um desses limites ao reconhecimento jurisprudencial, não previstos expressamente pelo constituinte, que acabaria por converter-se em mais eficaz, quando o legislador vier a limitar os direitos fundamentais submetidos à reserva da limitação legal.

Vimos, anteriormente, que a Constituição alemã reconhece determinados direitos fundamentais que não são submetidos à reserva ou habilitação de limitação legal, tais como a liberdade religiosa, ou de criação e expressão artística. Esses limites, portanto, não podem se derivar, sem mais, do que a este respeito disponha com uma certa margem de configuração o legislador ordinário.

O fato de não estarem tais direitos submetidos à reserva de limitação legal não significa que não tenham limite algum. Do contrário, o próprio Tribunal alemão entendeu que eles derivam da necessidade de articular as diversas normas constitucionais, que impõem uma valoração segundo

a qual a Constituição é uma unidade normativa.

Essa Corte Constitucional, na experiência alemã, qualifica ditos limites como imanentes, posto que não os determina o legislador, como ocorre com os direitos submetidos à reserva de limitação legal, já que são próprios da Constituição.

A grande polêmica, nesta matéria, no direito alemão, ocorreu com a sentença, de 18 de outubro de 1990, proferida pelo Tribunal Administrativo Federal Alemão.

Isto porque, em 1985, divulgou-se que boa parte dos produtos vitivinícolas continham uma substância química de caráter nocivo para a saúde dos consumidores. Causou-se tanta inquietação que as autoridades procederam a uma análise exaustiva dos diferentes produtos.

A partir do resultado dessas análises, o Ministério da Saúde alemão elaborou uma lista informativa para o consumo, na qual se enumeravam os distintos produtos, e em quais se haviam encontrado os restos da substância.

Um dos produtores, sentindo-se prejudicado, interpôs recurso contencioso administrativo contra a lista, alegando a ilegalidade da atuação, por carecerem as autoridades administra-

15 BACIGALUPO, Mariano. "La aplicación de la doctrina de los limites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal - a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990". *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 13, n. 38, p. 299.

tivas da necessária habilitação legal para limitar o consumo mediante a publicação de uma lista.

No entanto, em sua sentença, o Tribunal Administrativo Federal rejeitou a tese da recorrente, em uma vulneração da reserva de limitação legal. Entendeu que a lista não gerou efeitos jurídico-formais imediatos de caráter gravoso, podendo ser considerada como verdadeiro ato de limitação de direitos fundamentais. Aduziu que merecia a limitação, de modo imanente, em razão de sua colisão com outros direitos fundamentais, ou bens e valores de caráter constitucional.

No caso concreto, pois, o Tribunal alemão reconheceu, de forma implícita, que a interferência do Ministério da Saúde no processo de livre concorrência de mercado, mediante a publicação de lista informativa, careceu de cobertura legal, ao não amparar-se nas habilitações de reserva de lei, mas estimou que dita cobertura não era necessária, pois a publicação não estaria a limitar o direito fundamental dos empresários de competir com seus produtos no mercado, em face da colisão com outros bens ou valores constitucionais. Assim, ao não se tratar de uma limitação de direito, não operaria o princípio da reserva legal.

O Prof. Mariano Bacigalupo defende o entendimento de que a referida

decisão do Tribunal alemão não pode menos que ser qualificada como uma lamentável involução dogmática, da qual somente se pode esperar que venha a ser desautorizada pelo Tribunal Constitucional Federal daquele país.¹⁶

No Direito alemão, assim, resta claro que os direitos fundamentais podem ser limitados, inclusive para salvaguardar bens, valores e interesses que careçam de proteção constitucional.

Já no Direito espanhol, é de se identificar o contrário, pois na Constituição daquele país submete-se à reserva da lei a regulação dos limites imanentes por colisão com direitos fundamentais prevalentes de terceiras pessoas ou outros bens, valores e interesses de proteção constitucional.

Não resta claro, pois, na Espanha, se há a habilitação para o legislador limitar os direitos fundamentais, inclusive para salvaguardar bens, valores e interesses que careçam de proteção constitucional.

Com efeito, o alcance da reserva da lei não varia substancialmente segundo o que se entenda que somente ampare a regulação dos limites imanentes dos direitos, o que, pelo contrário, também habilitam a limitá-los para resguardar outros bens e valores, os quais demandem, por igual, a necessária proteção por normas constitucionais.

16 *Idem*, *ibidem*. p. 312.

6. Conclusão: a necessidade de compatibilização do princípio da legalidade com os demais direitos fundamentais

O passar dos tempos, através da história, apresenta-nos períodos em que não se vislumbrava qualquer tipo de respeito e obediência à legalidade, especialmente no agir do administrador público.

Chegou-se, no entanto, à conclusão de que, para que fosse garantido um mínimo de segurança para a vida em sociedade, far-se-ia necessária a previsão de instrumentos legais, que pudessem viabilizar o exercício das garantias constitucionalmente previstas.

Felizmente, nos tempos atuais, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, das mais diversas nações do globo, as constituições têm conferido à legalidade uma posição de supremacia, como uma das pilastras mestras na construção e na efetivação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Sendo, pois, um direito fundamental, a legalidade é muitas vezes colocada em dúvida ou discussão, no que pertine à sua compatibilização com alguns dos muitos outros direitos fundamentais.

Isto porque alguns desses direitos fundamentais, notadamente aqueles que possuem um aspecto positivo, imperativo, apresentam uma resistência específica, de forma que

necessitam de uma regulamentação própria, a qual deve partir do Poder Legislativo.

A idéia básica e inicial que se tem em mente é que, na regulamentação desses direitos fundamentais, o legislador deve se manter fiel às prescrições constitucionais, não podendo com elas conflitar ou mesmo ir além do que lhe é permitido.

Não obstante, na prática, lamentavelmente, tem-se exemplos em que o legislador e, algumas vezes, o próprio Executivo, no exercício do poder regulamentar, ultrapassam as fronteiras de suas competências, sobrepondo-se ao constituinte, e até mesmo afrontando a Carta Maior de uma nação.

Urge, e isso deve ser buscado especialmente no ordenamento brasileiro, que sejam estabelecidos firmes nortes e limites à aplicação da legalidade enquanto direito fundamental, a fim de que a sua má utilização não venha a conflitar com os demais direitos fundamentais.

Isto porque duas posições não são de ser admitidas, quais sejam, nem se pode aceitar que disposições constitucionais fundamentais sejam regulamentadas por instrumentos ou meios que afrontem o princípio da legalidade ou mesmo a reserva legal, e nem tampouco se é de admitir que a lei, nessa regulamentação, ultrapasse os seus limites, regulando matérias além do que demanda a Carta Constitucional.

Afigura-se possível, pois, pelo que pudemos entender, compatibilizar-se a legalidade com os demais direitos e garantias fundamentais. Não obstante muitas vezes colocados em posição de conflito ou divergência, não podemos nunca perder de vista que a legalidade é, em sua essência, também um direito fundamental de cada cidadão. Buscar a harmonia desse com os demais nada mais é que pregar a harmonia e o respeito à própria Carta Magna de uma nação.

Além do papel que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, principais responsáveis por ditas regulamentações de direitos fundamentais, essencial é o papel atribuído ao Poder Judiciário, notadamente o das Cortes Constitucionais. Sim, porque compete a essas cortes, na tarefa de guardiãs da Constituição, a defesa intransigente dos direitos fundamentais, vez que, sendo as pilstras de um Estado Democrático de Direito, não podem, em nenhuma hipótese, vir a ser ignorados ou colocados em plano secundário.

7. Bibliografia

- BACIGALUPO, Mariano. “La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal – a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Ano 13, n.º 38.
- BALTHAZAR, Ezequiel Antônio Ribeiro. “A legalidade no Estado democrático de direito: necessidade de razoabilidade e de proporcionalidade das leis.” In *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 22. Ed., 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 7ª Ed., 1998.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2. Ed., 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Limites da Função Reguladora das Agências Diante do Princípio da Legalidade”. in *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. “Princípio de Legalidad, Estado Material de Derecho Y Facultades Interpretativas Y Constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución”. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madri: ano 4, n.º 10, 1984.

MARCO AURÉLIO VENTURA PEIXOTO

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA MENDES, Gilmar. "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". in *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: n.º 23, dez/1994.
- GOMES, Luiz Flávio; Piovesan, Flávia (coord). *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: 10. Ed., 2001.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 5ª Ed., 2003.