ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A LEGISLAÇÃO CONFORMADORA E RESTRITIVA NA DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE RESTRICTIVE AND COMPLIANT LEGISLATION IN THE DEFINITION OF THE CONTENTS OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

José Armando Ponte Dias Junior*

RESUMO: O estabelecimento do conteúdo de cada um dos direitos fundamentais passa necessariamente pelo esclarecimento das noções de conformação e restrição. Partindo dessa premissa, o presente artigo abordará alguns aspectos dos principais posicionamentos doutrinários diante do tema, sempre buscando estabelecer um paralelo entre as concepções desenvolvidas.
Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Conteúdo. Restrição. Conformação.

ABSTRACT: The establishment of the contents of each of the fundamental rights necessarily depends on the clarification of the meaning of conformation and restriction. From this premise, the present paper will approach some aspects of the main doctrinal positioning concerning the subject, always searching to establish relations among the developed conceptions.
Keywords: Fundamental Rights. Contents. Conformation. Restriction.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN/Mossoró. Juiz de Direito no Rio Grande do Norte. Mossoró – Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A questão da fixação dos contornos do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, de seu suporte fático, de seu domínio normativo, ou, em uma só palavra, de seu conteúdo, realizada a partir das noções de conformação e restrição legislativa, é tema sujeito a densas controvérsias, e que, por isso, propicia o aparecimento de diversas correntes doutrinárias.

O cerne dessas controvérsias reside na conceituação de restrição e de configuração dos direitos fundamentais, e, se parece haver um consenso no sentido de que há efetivamente diferenças entre normas conformadoras e restritivas de direitos fundamentais, esse consenso não perdura quando se trata de estabelecer critérios para diferenciar umas das outras.

Nesse contexto, no presente trabalho, optamos por discorrer brevemente acerca de algumas das posições doutrinárias adotadas quanto a essa temática, com ênfase nos posicionamentos que mais têm influenciado a nossa literatura jurídica.

Especificamente, discorreremos sobre as posições de Peter Häberle, Gomes Canotilho, Jane Reis Gonçalves Pereira, Jorge Miranda e Robert Alexy, comparando-as e contrastando-as entre si, sempre que isso se evidenciar cabível e importante, a fim de que melhor possa resultar a compreensão dos mecanismos de estabelecimento do conteúdo dos direitos fundamentais.

2 A CONFORMAÇÃO, A RESTRIÇÃO E O CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Iniciamos dizendo que, segundo Peter Häberle (2003), no âmbito dos direitos fundamentais, o legislador tem como funções precípuas realizar a limitação e a conformação de tais direitos, embora, na literatura jurídica, muitas vezes se deixe em segundo plano a atividade de conformação, dando-se uma importância maior à atividade de limitação dos direitos fundamentais.

Uma coisa, portanto, é a conformação, vale dizer, a configuração dos direitos fundamentais. Outra, é a limitação, ou, em outros termos, a restrição dos direitos fundamentais.

Tal diferença, aliás, e isso é bom que desde logo fique esclarecido, tem um importante significado prático, na medida em que uma norma que não restringe um direito fundamental não necessita ser justificada, ao contrário do que se dá com as normas restritivas (ALEXY, 2008, p. 332).

Segundo Gomes Canotilho (2003, p. 1263), impõe-se uma "distinção básica entre normas legais restritivas e normas legais conformadoras" dos direitos fundamentais, de maneira que, para ele, nem toda norma infraconstitucional é restritiva, porquanto muitas delas se prestam para "completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais".

Ocorre que, enquanto para Gomes Canotilho (2003, p. 1264) existe a possibilidade de que um direito fundamental não necessite de conformação, devendo a atividade conformadora do legislador se impor apenas quando para o exercício dos direitos fundamentais se faça necessária uma *interpositio legislatoris*, para Peter Häberle (2003), ao revés, todas as disposições de direitos fundamentais são suscetíveis e necessitam, por um lado, da limitação legislativa, e por outro, da conformação e determinação (densificação) de seu conteúdo pela lei.

Para Peter Häberle (2003), portanto, a Constituição pressupõe como evidentes essas atividades legislativas de limitação e de conformação, que não apenas são permitidas, senão também ordenadas.

Essa conformação dos direitos fundamentais, contudo, para Peter Häberle (2003), não se faz de maneira arbitrária, uma vez que conformar a Constituição é realizar o "ideal" que esta elaborou para cada direito fundamental, de modo que, nessa tarefa, o legislador não age discricionariamente.

Todavia, é certo que qualquer legislação que não conforme um direito fundamental segundo o "ideal" constitucional infringe essa proibição de lesão aos direitos fundamentais.

No mais, segundo Peter Häberle (2003), é a conformação legislativa que dá ao direito fundamental uma forma concreta, permitindo-lhe a realização na vida social, sendo, por isso mesmo, uma atividade jurídica criativa, na medida em que o legislador configurador contribui para a constituição do conteúdo dos direitos fundamentais.

O legislador que conforma os direitos fundamentais de acordo com o "ideal" constitucional, portanto, dota-os com os seus respectivos conteúdos essenciais, criando complexos de normas e institutos jurídicos concretos que pertencem à essência do respectivo direito fundamental.

Já o legislador que limita os direitos fundamentais, obrigado que está a proteger bens jurídicos de valor igual ou superior, concretiza os limites aos direitos fundamentais conforme a sua essência.

Assim sendo, para Peter Häberle (2003), os direitos fundamentais

que não fossem conformados nem tivessem seus limites concretizados pelo ordenamento jurídico geral ficariam condenados à insignificância, uma vez que, sem a legislação, o direito fundamental não existiria.

Reside aqui, talvez, a principal diferença entre o raciocínio de Peter Häberle (2003) e o de Gomes Canotilho (2003).

É que, como já dissemos, na visão de Peter Häberle (2003), o conteúdo de um dado direito fundamental resulta precisamente dos termos da conformação e das limitações que lhe são dadas pelas normas legais, enquanto que, na visão de Gomes Canotilho (2003, p. 1263), embora passe pela conformação legislativa auxiliar na densificação, e, por conseguinte, na definição do conteúdo de proteção de um direito fundamental, o mesmo não ocorre com as leis restritivas.

Com efeito, para Gomes Canotilho (2003, p. 1263), as normas restritivas são "aquelas que limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais", de maneira que as restrições incidem sobre um direito fundamental com domínio normativo (conteúdo, âmbito de proteção) já devidamente estabelecido.

Essa divergência de posições, em verdade, acaba por corresponder à distinção exposta, entre outros, por Jorge Miranda (2000, p. 336), entre a teoria interna e a teoria externa das restrições, bem como ao que Robert Alexy (2008, p. 309-332) denomina de suporte fático amplo ou restrito dos direitos fundamentais.

Com efeito, para Robert Alexy (2008, p. 322), "uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção", teoria essa criticada, como esclarece o próprio Robert Alexy (2008, p. 324), pelo fato de eliminar, do âmbito de proteção, por meio das restrições, aquilo que anteriormente havia sido objeto de proteção por meio do suporte fático.

No mais, como já vimos, na visão de Peter Häberle (2003), todos os direitos fundamentais necessitam de conformação legislativa, o que se contrapõe ao pensamento de Gomes Canotilho (2003), que admite a possibilidade de existência de direitos fundamentais que não necessitam de conformação legislativa.

Para Peter Häberle (2003), aliás, os direitos fundamentais somente podem cumprir sua função social por meio da legislação e, por isso, têm uma imperiosa necessidade da legislação.

A justificativa de Peter Häberle (2003) escora-se à premissa de que as normas de direito fundamental são princípios gerais, possuem um caráter geral, e somente em poucas ocasiões a Constituição as detalha.

Tal fato, dessa maneira, faz com que os órgãos especiais de execução e concretização, vale dizer, o legislador e a jurisprudência constitucional, fiquem encarregados de sua regulação, desenvolvendo os ideais constitucionais, preenchendo lacunas e regulando as técnicas para a execução das normas constitucionais.

Para Peter Häberle (2003), portanto, é por meio da legislação que se desenvolvem o sentido e o alcance das normas de direito fundamental.

No mais, ainda segundo Peter Häberle (2003), é o princípio da ponderação de bens o parâmetro que determina o modo e a medida dos limites ou restrições admissíveis aos direitos fundamentais, devendo o legislador proteger os bens jurídicos de valor igual ou superior, e, ainda, defender o próprio direito fundamental, atuando, em suma, em prol de toda a Constituição.

Para ele, aliás, mesmo os limites impostos aos direitos fundamentais são objeto de uma atividade conformadora do legislador, que, obviamente, está limitado pela Constituição.

Todavia, a conformação dos limites não basta para que se conformem os direitos fundamentais, uma vez que não se pode compreender o conceito de um direito fundamental apenas tomando por base seus limites.

É por isso que se faz necessário que os direitos fundamentais, não sendo esferas de liberdade isentas de regulação, mas sim âmbitos vitais juridicamente ordenados e devidamente configurados, sejam estabelecidos e permeados por uma multidão de normas jurídicas.

Tais normas jurídicas, em tal caso, seriam, de acordo com Peter Häberle (2003), as condições, as manifestações, as realizações e as consequências das respectivas ideias de direitos fundamentais.

O conteúdo dos direitos fundamentais, portanto, para Peter Häberle (2003), é determinado pelas restrições e pela conformação ditadas pelo legislador.

Faz-se oportuno abrirmos parênteses para ressaltar que, por tudo o que até aqui já mostramos, tanto Peter Häberle (2003) como Gomes Canotilho (2003), são enfáticos em diferenciar conformação e restrição de direitos fundamentais, diferença essa de suma importância no que tange à necessidade de fundamentação em face dos direitos fundamentais, a qual, segundo Robert Alexy (2008, p. 340), está presente na restrição, e ausente na configuração.

Todavia, por vezes tal posição parece ir de encontro a outras, como, por exemplo, à posição de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 202-203), que entende que restrição e conformação são dimensões de um mesmo fenômeno, aduzindo, no mais, que, embora existam normas exclusivamente

configuradoras, sempre que uma norma configuradora constituir obstáculo ao exercício de um direito fundamental deverá ser entendida como norma restritiva, ainda que ao mesmo tempo seja configuradora.

Parece seguir referida autora, nesse tocante, a posição de Robert Alexy (2008, p. 334), para quem "se algo, não importa a partir de que ponto de vista, é restritivo, ele permanece restritivo mesmo que, a partir de algum outro ponto de vista, seja também configurador".

Vê-se, pois, que o conceito de restrição adotado por Jane Reis Gonçalves Pereira afigura-se mais amplo do que o adotado por Gomes Canotilho (2003), e bastante diferente do adotado por Peter Häberle (2003).

Outrossim, em comparação às posições de Peter Häberle, Robert Alexy (2008, p. 340) apresenta uma concepção mais restrita de configuração, e um conceito mais amplo de restrição.

Nas palavras do próprio Robert Alexy (2008, p. 334), o conceito de configuração de Peter Häberle é bastante amplo, e diz respeito à totalidade da regulamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

Quanto à questão da reserva de lei, diz Peter Häberle (2003) que, na maioria das vezes, a Constituição tacitamente autoriza a conformação dos direitos fundamentais, uma vez que os regula de maneira que, somente conformados, tornam-se práticos.

Dessarte, em casos tais, mesmo faltando uma expressa reserva de lei, a conformação não apenas é permitida como é ordenada, ficando claro que as reservas de lei circunscrevem apenas uma parte da atividade do legislador.

Nesse ponto, a afirmação de Peter Häberle (2003) encontra eco na doutrina de Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 212), para quem "as intervenções legislativas em direitos fundamentais não se resumem àquelas explicitamente previstas", admitindo referida autora a intervenção da lei "sempre que a indeterminação dos preceitos constitucionais ou a necessidade de preservação da unidade da Lei Maior torne imperativa a regulamentação infraconstitucional dos direitos".

Todavia, enquanto pela visão de Peter Häberle (2003) tais casos poderiam ser concebidos como uma conformação legislativa, dentro da sua visão ampla de conformação, Jane Reis Gonçalves Pereira os entende como restrição (2006, p. 213), dentro daquela sua concepção ampla de restrição (2006, p. 203), sobretudo no que se refere aos conceitos indeterminados de que se utiliza a Constituição, amplitude essa também presente em Robert Alexy (2008).

Gomes Canotilho (2003, p. 452), por seu turno, é enfático em afir-

mar que, ao menos no ordenamento português, o legislador não dispõe de uma autorização geral para a restrição de direitos, pelo que deve, sempre, o legislador valer-se de autorizações expressas de restrição, o que visa a criar segurança jurídica para os cidadãos, entendimento que não entra em confronto com o de Peter Häberle (2003), na medida em que este admite, não a restrição, mas a conformação pela lei, mesmo diante de norma autorizadora, malgrado a amplitude de seu conceito de conformação.

Uma das conclusões para a qual aponta Peter Häberle (2003), portanto, de acordo com o que ficou dito, é que o legislador não atua no âmbito dos direitos fundamentais apenas de modo excepcional, mas sim de maneira regular, fato esse que, segundo Peter Häberle (2003), frequentemente é olvidado pelos que querem proteger os direitos fundamentais, de modo absoluto, em face do legislador.

Para ele, a atividade do legislador não pode ser vista sempre como de restrição ou de intervenção nos direitos fundamentais, uma vez que o legislador que faz a ordenação dos âmbitos vitais protegidos pelos direitos fundamentais os conforma e os delimita, uns em relação aos outros.

Nesse aspecto, como já fizemos notar, a posição de Peter Häberle (2003) é semelhante à de Gomes Canotilho (2003, p. 1263), dado que este também assevera que, no âmbito dos direitos fundamentais, nem toda norma legal tem necessariamente cunho restritivo.

Para Robert Alexy (2008, p. 334-335), todavia, quando se ordenam âmbitos vitais protegidos pelos direitos fundamentais, configurando-os como um todo, visando a garantir os direitos fundamentais de um contra os mesmos direitos fundamentais de outros, ou, em outras palavras, quando se identifica, como o faz Peter Häberle, a configuração com a totalidade da regulamentação no âmbito dos direitos fundamentais, "é perceptível que esse tipo de configuração abarca também restrições".

Descartando esse sentido amplo de configuração, Robert Alexy (2008, p. 339) aduz que a diferenciação entre restrição e configuração há de ser feita segundo o "critério da não-inibição da realização de um princípio de direito fundamental".

Tal critério, por seu turno, pressupõe, segundo Robert Alexy (2008, p. 339), que "sempre que um sopesamento orientado pela máxima da proporcionalidade seja necessário (caso real de direitos fundamentais) ou simplesmente possível (caso potencial) não se pode falar em uma configuração, pois se trata de uma restrição".

Quanto à conformação dos direitos fundamentais, embora afirme ser

sempre imperiosa, Peter Häberle (2003) pondera afirmando que a legislação não pode regular minuciosamente o âmbito de um direito fundamental, pois isso representaria o fim da liberdade consagrada pelo direito fundamental, sendo certo que também há limites à intervenção do legislador nos direitos fundamentais.

Enfatiza Peter Häberle (2003), quanto ao mais, que a necessidade que os direitos fundamentais têm das leis de execução não impede que o cidadão possa valer-se de tais direitos, mesmo na falta de lei que os execute, do mesmo modo que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais não impede o reconhecimento da necessidade de execução dos mesmos por leis infraconstitucionais.

O que está a buscar Peter Häberle (2003) é a revalorização do instituto da reserva de lei, que, de acordo com a sua doutrina, é um instituto constitucional que não relativiza os direitos fundamentais, antes os reafirma.

Para Peter Häberle (2003), as reservas de lei não apresentam um mal necessário. Ao revés, ocupam tais reservas um lugar legítimo na Constituição, embora, às vezes, na prática, evidenciem-se alguns abusos, o que, todavia, não pode depor contra o instituto.

À legislação de reserva, portanto, compete a realização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse ponto cabe que repitamos indagação feita por Jorge Miranda (2000, p. 336): "as restrições constituem algo de exterior aos direitos, algo que se lhes justapõe, comprimindo ou reduzindo o seu âmbito ou, diversamente, algo que entra no seu próprio conteúdo, definindo-o desde logo?"

Por tudo o que já vimos, podemos constatar que, diferentemente de Jorge Miranda, o qual propende no sentido de enxergar nas restrições algo de exterior aos direitos (2000, p. 336), Peter Häberle (2003) entende que o direito somente passa a existir a partir do conteúdo recortado pela atividade de conformação e de restrição do legislador, o que, de certo modo, aproxima suas posições da corrente da "teoria interna" das restrições, a qual se identifica precisamente com a doutrina da limitação imanente.

Com efeito, como já enfatizamos alhures, de acordo com a teoria interna das restrições, o conceito de restrição está intimamente relacionado ao próprio conceito de direito, sendo as restrições interiores ao próprio conteúdo dos direitos, os quais, por sua vez, uma vez configurados, seriam irrestringíveis (DIAS JUNIOR, 2007, p. 187). Como diz Robert Alexy (2008, p. 278), a adoção de uma teoria interna ou de uma teoria externa das restrições passa necessariamente pela concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas, ou *prima facie*, de maneira que, "se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se

parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser".

Decerto, é por tal razão que Peter Häberle (2003) sustenta, com muita ênfase, aliás, que a legislação de reserva, seja ela conformadora ou restritiva, faz realidade o que é imanente à própria liberdade consagrada pelo direito fundamental, tornando efetivos os próprios limites imanentes dos direitos fundamentais.

Para Peter Häberle (2003), a legislação de reserva, em verdade, não restringe o direito fundamental, uma vez que os bens jurídicos protegidos pela reserva de lei pertencem ao conteúdo essencial do direito afetado. Formariam, pois, um único conjunto, os direitos fundamentais e as reservas.

Somente por meio da legislação, portanto, segundo Peter Häberle (2003), é que os direitos fundamentais convertem-se em realidade jurídica, que, em parte, os limita e, em parte, os conforma.

Para Peter Häberle (2003), portanto, a legislação limitadora e conformadora dos direitos fundamentais faz parte do conteúdo essencial dos próprios direitos fundamentais, conteúdo este cujos contornos a legislação ajuda a estabelecer precisamente, por meio dos limites e das conformações.

3 CONCLUSÃO

Escapando aos propósitos do presente trabalho uma adesão nossa a qualquer das correntes doutrinárias expostas, tivemos aqui como único objetivo a modesta pretensão de expor os pontos mais importantes relativos à temática do estabelecimento do conteúdo dos direitos fundamentais a partir das noções de configuração e de restrição, em virtude do que nos concentramos nos diversos posicionamentos ante a diferenciação entre restrição e configuração dos direitos fundamentais.

Focados nesse único propósito, esperamos haver logrado algum êxito, contribuindo, dessa maneira, para um aprofundamento no estudo das normas veiculadoras de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIAS JÚNIOR, José Armando Ponte. Princípios, regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, v. 27, p. 177-199, jul.-dez. 2007.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn.** Madrid: Dykinson, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Correspondência | Correspondence:

José Armando Ponte Dias Junior
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – Campus Central, Setor III, BR 110, Km 48, Rua Prof. Antônio Campos, Costa e Silva, CEP 59.610-090. Mossoró, RN, Brasil.
Fone: (84) 3315-2145.
Email: josearmandojunior@tjrn.jus.br