

R E S E N H A S

RESTRIÇÃO PONDERADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO

Adriano de Bortoli¹

Jorge Reis Novais dividiu e continua dividindo a sua atuação acadêmica, iniciada em 1981 na Faculdade de Direito de Lisboa, com a consultoria para Assuntos Constitucionais da mais alta cúpula do Poder Executivo da República portuguesa, durante a presidência de Jorge Sampaio (1996 a 2006), e, atualmente, com a consultoria para Assuntos Constitucionais do Primeiro-Ministro, José Sócrates.

A proximidade com o exercício do Poder foi antecedida por um estudo sobre o Estado de Direito que marca significativamente as preocupações teóricas do jurista português, em 1987, quando foi publicada a sua dissertação de mestrado pela Universidade de Coimbra, sob o título "Contributo para uma teoria do Estado de Direito - Do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito". Outros escritos que a esse sucederam reafirmam aquela preocupação: "A renúncia a direitos fundamentais", Coimbra 1996; "Separação de Poderes e Competência Legislativa da Assembléia da República", Lisboa, 1997; "Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa", Coimbra 2004; e, "Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria", Coimbra, (a publicar em Outubro de 2006).

"As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição" é resultado de um trabalho extenso e profundo sobre a dogmática constitucional portuguesa e estrangeira (particularmente a alemã) dos últimos cinquenta anos que foi submetido a exame perante banca de doutoramento em 2003, na Faculdade de Direito de Lisboa.

Em suas mil páginas estão minuciosamente postos os principais problemas que cercam o tema das restrições aos direitos fundamentais em três fases distintas. A primeira ocupa-se da conceituação de direitos fundamentais e de restrições. A segunda enfrenta o problema constitucional da admissibilidade das restrições não expressamente autorizadas. A terceira, por sua vez, é dedicada ao estudo do controle de constitucionalidade de tais restrições.

O leitor vai se deparar com todo o acervo de perplexidades teóricas e dificuldades práticas que ocupam a dogmática constitucional acerca do tema das restrições aos direitos fundamentais, tendo em vista ter sido afastada pelo autor uma opção metodológica unilateral. Muito embora as dificuldades práticas sejam oriundas do sistema constitucional português, é a dogmática constitucional alemã que predomina entre as fontes utilizadas por Novais, à exceção da última parte do livro que tem forte influência do constitucionalismo americano. Isso não importa, todavia, em um ecletismo não refletido. Pelo contrário, a referência a autores estrangeiros é feita com o devido esclarecimento do contexto do qual são oriundos, como pode se observar, por exemplo, na utilização da dogmática constitucionalista alemã da década de 1970.

A preocupação central que perpassa toda a obra está relacionada com a questão da legitimidade constitucional das restrições aos direitos fundamentais diante da vinculação dos órgãos do Estado ao cumprimento da Constituição e da aplicação direta das normas de direitos fundamentais. A ela se acrescenta o fato de que o texto da Constituição Portuguesa não reconhece

a possibilidade de restrição que não esteja expressamente prevista, entretanto, como demonstra o autor é impossível não reconhecer a sua ocorrência tendo em vista que os conflitos surgem e precisam de solução, independentemente da previsão legislativa para tal.

De outra sorte, os direitos fundamentais devem ser entendidos, conforme defende o autor com apoio nas posições defendidas por Dworkin, como *trunfos* contra a maioria, todavia são imanentemente permeados pela compatibilização ponderada com outros bens dignos de proteção, afastando-se a rigidez conceitual e a aplicação subsuntiva como soluções para esta complexidade.

Os diversos graus de subjetivação, de aplicabilidade direta e de sindicabilidade que são apresentados em cada uma das garantias particulares das posições protegidas jusfundamentalmente obrigam uma variação da densidade da sua tutela e o reconhecimento de que a natureza dos direitos fundamentais não reside num "todo". As restrições, nesse contexto, vão ser compreendidas como sendo todas as afetações desvantajosas da liberdade juridicamente protegida.

Por outro lado, Novais defende a relativização da concepção clássica do princípio da reserva de lei no que toca aos direitos fundamentais e a sua atualização em razão da legitimação, separação e equilíbrio entre os Poderes do Estado, revalorizando-se o papel do Governo e da Administração, sem descuidar-se da posição de exclusividade de competência que cabe ao Legislador na produção de normas jusfundamentais.

Novais também ressalta a importância que assume a ponderação de bens na solução dos conflitos gerados entre direitos fundamentais opostos numa situação de restrição não manifestamente expressa de um deles. Para tanto, assume uma posição de relativização das *regras* de direitos fundamentais como enunciados normativos definitivos e absolutos em favor de uma conceituação principiológica e valorativa dos direitos fundamentais, aliada a metodologias de valoração e ponderação de bens. Nesse aspecto, o autor enfatiza que a defesa da ponderação deve ser acompanhada de um especial cuidado com as suas limitações metodológicas, não se podendo esperar dela a eliminação do subjetivismo, de decisionismo e do intuicionismo, mas a sua diminuição significativa.

A escolha da categoria da restrição como objeto de estudo oportuniza uma abordagem dos direitos fundamentais pela via do exercício do Poder e permite lançar luzes sobre as fragilidades que acompanham o sistema de garantias desses direitos no contexto dos Estados Constitucionais contemporâneos. As opções metodológicas do autor revelam sua adesão manifesta ao que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo que pode ser compreendido, em contraposição ao constitucionalismo clássico, sob os seguintes aspectos: manifesta-se como ideologia, como teoria e como metodologia; seu princípio inspirador é a garantia dos direitos fundamentais; sua relação com a democracia é ambivalente porque há teóricos que se declaram decididamente democratas por ser a democracia uma exigência de seus direitos e outros que vêem na democracia o perigo de uma tirania da maioria política.

Referência

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. 1008 p.

Nota

1 Mestre em Direito pela UFSC. Professor das disciplinas de Direito Administrativo, Processo Administrativo e Direito Processual Constitucioal no Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da UNIVALI - Biguaçu. Orientador de projetos de iniciação científica custeados com recursos provenientes do art. 170 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Advogado publicista. E-mail: adriano debortoli@aol.com