

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
Núcleo de Curitiba**

Rodrigo Sejanoski dos Santos

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CURITIBA

2010

Rodrigo Sejanoski dos Santos

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Aplicado, da Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo de Curitiba, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista, sob a orientação do Professor Doutor Néviton de Oliveira Batista Guedes.

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO SEJANOSKI DOS SANTOS

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Doutor NÉVITON DE OLIVEIRA BATISTA GUEDES

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de _____ de _____ .

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, Salvador, autor e consumador da minha fé.

À Débora, meu amor, principal incentivadora da minha jornada e crente que o esforço empreendido frutificaria.

A Jairo e Célia, meus pais, pelo amor e carinho que lhe são inerentes, sem medirem esforços na minha formação.

A Fabiano, meu irmão, pelo seu companheirismo.

A Néviton de Oliveira Batista Guedes, por ter orientado a elaboração deste trabalho, com a dedicação e conhecimento de causa que lhe são inerentes.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho monográfico é trazer à baila a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais possuem uma ideologia e um dinamismo, são cheios de valores, podem ser utilizados como instrumento de luta em favor de um mundo melhor. Se bem utilizados são capazes de se transformar em um poderoso mecanismo de mudança social. Assim, devem ser verdadeiras ferramentas de cidadania a serem efetivados na máxima extensão possível. Até porque, por detrás das discussões constitucionais não há apenas conflitos normativos, mas também aflições reais que podem afetar qualquer ser humano. E mais, por trazerem forte conteúdo ético, os direitos fundamentais são os valores básicos para uma vida digna em sociedade; estão intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Por isso é sempre delicado se falar em restringir direitos que traduzem a dignidade da pessoa humana. Cada vez mais, tanto a sociedade quanto os Tribunais discutem a possibilidade e os limites das restrições aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; restrições; proporcionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
2.1 O conteúdo ético	8
2.2 O conteúdo normativo	9
2.3 Um conceito	9
3 CONCEITO DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
4 ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
4.1 Restrições diretamente constitucionais	16
4.2 Restrições indiretamente constitucionais	17
4.3 Restrição das restrições	18
5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O LIMITE DOS LIMITES	21
5.1 Adequação	23
5.2 Necessidade (vedação de excesso e vedação de insuficiência)	23
5.3 Proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)	25
6 CONCLUSÃO	27
REFERÊNCIAS	29

1 INTRODUÇÃO

O cerne da questão envolvida no presente trabalho reside no questionamento acerca da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais: de que maneira, com que métodos, quais seus limites e suas consequências.

É sabido que os direitos fundamentais possuem uma ideologia e um dinamismo; são cheios de valores; podem ser utilizados como instrumento de luta em favor de um mundo melhor; se bem utilizados são capazes de se transformar em um poderoso mecanismo de mudança social.

Ora, assim sendo, os direitos fundamentais não devem ser apenas um monte de textos mas verdadeiras ferramentas de cidadania a serem efetivados na máxima extensão possível. Até porque, por detrás das discussões constitucionais não há apenas conflitos normativos, mas também aflições reais que podem afetar qualquer ser humano.

Então indaga-se: se devem ser efetivados numa máxima extensão é possível restringí-los e há limites para essas restrições?

O tema das restrições aos direitos fundamentais é de extrema importância, justamente pelo fato de que há direitos fundamentais para todos os gostos e todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental, o que não é verdade.

E mais, por trazerem forte conteúdo ético, eles são os valores básicos para uma vida digna em sociedade; estão intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Por isso é sempre delicado se falar em restringir direitos que traduzem a dignidade da pessoa humana.

Cada vez mais, tanto a sociedade quanto os Tribunais discutem a possibilidade e os limites das restrições aos direitos fundamentais.

De uma maneira geral o objetivo deste trabalho é propiciar, com linguagem clara e precisa, uma visão teórica acerca das restrições possíveis aos direitos fundamentais, bem como destacar suas consequências práticas na vida em sociedade.

Para isso, de forma específica, os objetivos se concentram em explicar a possibilidade de se restringir direitos fundamentais, explicitando de que maneira isso ocorre, através de preceitos expressos, da reserva legal e sem reserva de lei.

Também, se quer analisar a chamada restrição à restrição com utilização do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação. Neste ponto, a pretensão é fundamentar a assertiva de que uma medida restritiva de direito fundamental será válida somente se for proporcional.

Se busca explicar a função do princípio da proporcionalidade enquanto instrumento necessário para se aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais.

Finalmente, outro objetivo específico é esclarecer que os direitos fundamentais não são absolutos, explicando o que é e por que ocorre a chamada colisão de direitos fundamentais.

2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 O CONTEÚDO ÉTICO

Os direitos fundamentais possuem inegavelmente um conteúdo ético, seu aspecto material. São os valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse sentido, são intimamente ligados à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder.

Efetivamente, a dignidade humana é a base axiológica desses direitos (respeito à autonomia da vontade, respeito à integridade física e moral, não coisificação do ser humano e garantia do mínimo existencial).

Ingo Wolfgang Sarlet, ensina:

que a dignidade humana é violada sempre que o indivíduo seja rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos. (2002, p.59).

E continua o jurista:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana. (2002, p.62).

Vale ressaltar ensinamento do eminente Professor Canotilho (1993, p.517), “a protecção das garantias institucionais aproxima-se, todavia da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições”.

2.2 O CONTEÚDO NORMATIVO

Além do conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal).

Neste sentido enfatiza Marmelstein (2009, p.19), “pode-se dizer que, sob o aspecto jurídico-normativo, somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país”.

Em outras palavras, a fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. A lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente.

Todavia, não se exclui a possibilidade de existirem direitos fundamentais fora do texto constitucional, desde que por força da própria Constituição, eles possam ser considerados como normas dotadas de juridicidade potencializada.

De fato, por força do art.1º., inc.III, somado com o art.5º., par.2º., ambos da Constituição Federal, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do próprio texto constitucional.

2.3 UM CONCEITO

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

O professor Alexandre de Moraes define os direitos fundamentais como:

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (2006, p.21).

Ao tratar do conceito de direitos fundamentais, ensina Marmelstein (2009, p.20), “Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais”.

Assim, falar que os direitos fundamentais são normas constitucionais significa aceitar a sua supremacia formal e material, bem como realça a sua força normativa.

Reconhecer que possuem uma importância axiológica capaz de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico implica reconhecer que os direitos fundamentais representam um sistema de valores com força para afetar a interpretação de qualquer norma jurídica.

Outrossim, vinculá-los à idéia de Estado democrático de direito induz a pensar que os valores neles contidos são potencialmente conflitantes, pelo respeito à diversidade ideológica.

Por fim, considerando que a dignidade da pessoa humana é elemento intrínseco ao conceito dos direitos fundamentais, qualquer comportamento contrário não será considerado como direito fundamental. Ou seja, nenhuma pessoa pode invocar direitos fundamentais para justificar a violação da dignidade de outros seres humanos.

3 CONCEITO DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos: é admitida limitação ou contenção numa situação de colisão (conflito) entre direitos fundamentais (em que deverá prevalecer o que for considerado de 'maior peso' no caso concreto) ou em face da ordem pública, dos interesses da coletividade.

Canotilho (1993, p.641) doutrina que “dá-se a concorrência entre direitos fundamentais quando, em face de um caso, dois ou mais direitos são aplicáveis para a proteção de uma conduta. Esta preencheria os ‘pressupostos fáticos’ de ambos.”

Ao tratar do tema o Supremo Tribunal Federal, em voto exarado pelo eminente Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança 23452-RJ, publicado no Diário da Justiça da União em 12.05.2000, assim decidiu:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas, e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Essa limitação pode estar prevista expressamente na Constituição Federal (exemplos: hipóteses do art. 5º, XI e XII que prevêm a possibilidade de invasão domiciliar e interceptação telefônica), ser realizada pelo legislador tendo em vista a necessidade de harmonizar direitos fundamentais (exemplo: hipóteses de aborto autorizadas pelo Código Penal), ou pelo próprio juiz no caso concreto.

Para o Professor Luiz Alberto David de Araújo:

No choque entre direitos fundamentais, o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção do outro. A convivência exige um regime de cedência recíproca. A regra de solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição (menor sacrifício possível) compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental. (2004, p. 95-96).

Neste sentido enfatiza Sampaio (2002, p.728), “assim, no juízo de ponderação dos direitos colidentes, feito pelo legislador ou pelo juiz, num caso concreto e determinado (exemplo: permitir o aborto em casos de gravidez decorrente de estupro) é possível que um direito prevaleça sobre o outro”.

Embora os direitos fundamentais tenham o *status* constitucional, tem-se aceito que a norma infraconstitucional também pode ser utilizada para restringir ou limitar o seu conteúdo, especialmente quando há autorização constitucional (reserva legal). E mesmo quando não há previsão constitucional, se admite que os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional (MARMELSTEIN, 2009, p.373-374).

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais.

Como bem ensina Alexy (2008, p.276), “O problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições...”.

E continua Alexy (2008, p.281), “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”.

Considerado esse conceito trazido por Robert Alexy, é oportuno afirmar que uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição.

Jorge Miranda afirma que (2000, p.338), “Nenhuma restrição a direitos pode deixar de se fundar na Constituição; pode deixar de fundar-se em preceitos ou

princípios constitucionais; pode deixar de se destinar à salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Na mesma linha, o professor Luís Roberto Barroso:

...entende-se que os fundamentos que justificam a restrição a direitos fundamentais deverão estar associados, de alguma forma, a outras normas constitucionais. A lógica dessa afirmação é simples e decorre da compreensão conjunta dos princípios da supremacia e da unidade da Constituição: apenas outro elemento constitucional pode restringir um direito de estatura constitucional. (2005, p.241)

Ainda, oportuno fazer uma diferenciação entre diversas espécies de normas: as normas de competência (competência do Estado para criar normas) mais importantes para a teoria das restrições são as de reserva legal constitucional.

Elas servem para autorizar o legislador a estabelecer restrições aos direitos fundamentais. Diferencia-se a competência constitucional direta da competência constitucional indireta (quando o legislador autoriza, p.e., a edição de decretos ou de atos administrativos). Esses tipos de norma de competência não restringem direitos fundamentais, mas apenas fundamentam sua restringibilidade.

Nesse aspecto afirma Alexy (2008, p.282), “Por isso, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições; elas apenas fundamentam a possibilidade jurídica das restrições”.

Uma regra compatível com a Constituição será uma restrição a um direito fundamental, se com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental ou de um direito fundamental, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.

E, os princípios também podem ser restrições aos direitos fundamentais.

Ensina Robert Alexy:

Princípios colidentes restringem materialmente as possibilidades jurídicas de realização de outros princípios. Se os princípios colidentes não vigessem ou se não tivessem hierarquia constitucional, essas possibilidades seriam mais amplas. Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é

uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito de igual conteúdo. (2008, pp.284-5).

Tanto as definições relativas às regras quanto as relativas aos princípios possuem um caráter técnico. Isso se faz necessário para se entender uma norma restritiva de direitos fundamentais.

Para tanto, uma última definição dessa natureza, trazida por Alexy (2008, p.285), “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental”.

4 ESPÉCIES DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, oportuno destacar, como ensina Barroso:

No caso dos direitos fundamentais, exige-se com especial intensidade que as normas restritivas de seu exercício sejam claras e precisas, e isso por duas razões. Em primeiro lugar, para que o eventual atingido pela norma possa identificar a restrição a seu direito – trata-se do princípio da clareza e determinação das normas restritivas de direitos. E em segundo lugar porque a vagueza da norma poderia levar a autoridade que vai aplicá-la a encontrar espaço para, ao lado das restrições legítimas, impor outras, ilegítimas. (2005, p.252).

Nesse sentido, afirma MENDES (1998, pp.35-6), “Princípio da clareza e determinação das normas restritivas de direitos fundamentais. O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem”.

Igualmente, expõe Jorge Reis Novais ao parafrasear o ilustre professor J.J.

Gomes Canotilho:

A determinabilidade das restrições – incluindo, como diz, entre nós, Gomes Canotilho, a exigência de clareza das normas legais e a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal – é, em primeiro lugar, um factor de garantia da protecção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de acção que lhe está garantida o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal”. (2003, p.769).

Passa-se à análise, então, das espécies de restrições aos direitos fundamentais, cujos nomes variam conforme o autor, mas o presente trabalho adota a denominação dada por Robert Alexy (2008, pp.285 e seguintes): “restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais e restrição das restrições”.

4.1 RESTRIÇÕES DIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS

Tem-se recusado a possibilidade de limitações implícitas aos direitos, consistentes nos chamados limites imanentes, ou em cláusulas de comunidade. Assim, deve sua previsão constar expressamente do texto constitucional ou em texto normativo elevado a esse nível.

Ensina Alexy (2008, p.286), “Os direitos fundamentais, por serem direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser restringidos por normas de igual hierarquia (diretamente constitucionais) ou em virtude delas. Portanto, ou serão normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais (indiretamente constitucionais), cuja criação é autorizada por normas constitucionais”.

Bornholdt acrescenta:

A restrição expressa pode ocorrer ou mediante um texto restritivo já ao nível constitucional, ou pela possibilidade de limitação por lei. Exemplo de restrição expressa, prevista diretamente na Constituição Federal, é a constante do art.5º., XVI, que prevê que todos podem se reunir ‘pacificamente e sem armas’. Há aí uma restrição à liberdade de reunião, que delinea o âmbito normativo através do qual foi essa liberdade recebida pelo constituinte. A outra forma de restrição expressa se dá pela autorização constitucional para a edição de leis restritivas...”. (2005, p.94).

Aqui, o próprio constituinte estabelece uma restrição definitiva (cláusulas restritivas explícitas aos direitos fundamentais). Cita-se, por exemplo, a limitação ao direito de reunião pelas expressões “pacificamente” e “sem armas” (art.5º., inc.XVI, CF); a limitação da liberdade de associação pela licitude dos fins e vedação ao caráter paramilitar (art.5º., inc. XVII, CF); e a vedação à pena de morte salvo no caso de guerra declarada (art.5º., inc. XLVI, CF).

4.2 RESTRIÇÕES INDIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS

Em simples palavras, as restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer (infraconstitucionais).

Ao tratar desse tema, afirma Alexy (2008, p.291), “A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reserva explícitas”.

Nesse caso, as normas de direito fundamental que se permite a restrição estão à disposição do legislador ordinário, que pode mantê-la, alterá-la ou eliminá-la.

E sempre que se faz menção a leis ordinárias, esses dispositivos podem ser considerados cláusulas implícitas de reserva.

É a hipótese, por exemplo, em que a Constituição Federal brasileira, permite o direito de greve aos servidores públicos civis, remetendo expressamente ao legislador ordinário, que deverá definir termos e limites tendo em vista a necessidade de garantir a continuidade dos serviços públicos, do qual a coletividade depende.

As autorizações para a edição de leis restritivas têm como objeto restrições amplas ou limitadas. Nas palavras de Mendes (1998, p.34), “haverá reservas legais simples ou qualificadas”.

As reservas legais simples serão amplas, dispondo o legislador de maior liberdade de conformação. Ocorrerão quando o constituinte reclame a simples intervenção legal, sem maiores exigências. Exemplo dessa hipótese se encontra no art.5º., XIII, da Constituição Federal, que ao garantir a liberdade de profissão, sujeita-a às exigências previstas em lei.

Ainda, as hipóteses em que se assegura “nos termos da lei”, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares (art.5º., inc. VII, CF), e a livre locomoção no território nacional em tempos de paz (art. 5º., inc. XV, CF).

Já as reservas legais qualificadas, além de preverem a restrição por meio de lei, estabelecem ainda os fins a serem perseguidos e/ou os meios a serem utilizados. Por exemplo, a possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas (art.5º., XII, da Constituição Federal) autorizada unicamente quando determinada pelo Poder Judiciário para fins de investigação criminal e instrução processual penal.

Todavia, não significa dizer que nas reservas da lei simples, esteja o legislador livre para impor quaisquer restrições. Ao contrário, pode escolher fins e meios, mas as restrições eventualmente impostas estarão sujeitas à observância, dentre outros, do princípio da proporcionalidade.

E na reserva de lei qualificada, o legislador deverá ter em conta os fins e/ou meios e a matéria previamente definida pelo constituinte.

4.3 RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES

A restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais têm limites. Daí se falar em “limites dos limites” aos direitos fundamentais, expressão iniciada no constitucionalismo germânico.

Para Alexy (2008, p.296), “Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão.”

Segundo doutrina de Mendes (1998, p.38), são limites dos limites: “o princípio da clareza e da determinação das normas restritivas; a proibição de restrições casuísticas; o princípio da proporcionalidade; o princípio da proteção do núcleo essencial.”

Além desses citados, deve-se acrescentar, o “princípio de reserva de lei restritiva”, que determina que a restrição ocorra por lei formal e impõe exigências sobre o conteúdo da lei restritiva.

Ao tratar dessa questão da reserva de lei restritiva, Alexy (2008, p.296) argumenta que, “Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.”

É o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, onde se reconhece um âmbito de proteção mínimo dentro qual nenhuma intervenção normativa se afigura legítima.

O ilustre constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes ensina que

Efetivamente, a salvaguarda do núcleo essencial, ao afirmar que os direitos fundamentais têm um mínimo de conteúdo garantido constitucionalmente, visa a reforçar a vinculação material do legislador ao seu teor, evitando o risco, verificado, p.ex., sob a égide da Constituição de Weimar, de erosão dos direitos fundamentais por intervenções legislativas abusivas. (2000, p.241)

Neste aspecto, Canotilho (2002, p.253) afirma que “a norma em tela deve ter densidade suficiente para (i) alicerçar ‘posições juridicamente protegidas’ dos cidadãos, (ii) constituir uma ‘norma de actuação’ para a Administração Pública, (iii) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.”

Miranda (2008, p.309) ao tratar do núcleo essencial ensina, “afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última, permanente e efectiva contra o abuso do poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse

(permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem de ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito.”

Desume-se então, que a definição de núcleo essencial variará conforme se adote uma teoria absoluta ou relativa.

As teorias absolutas o consideram um núcleo fundamental, determinável em abstrato e próprio de cada direito.

As teorias relativas identificam a proteção conferida pelo núcleo essencial com a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade. Partidário dessa teoria, está Alexy, para quem a proteção oferecida pelo núcleo essencial constituiria apenas um aspecto da adoção do princípio da proporcionalidade.

Bornholdt ao tratar da teoria relativa ensina que

Ademais, sempre segundo Alexy, a teoria absoluta possui a grande virtude de afirmar que, em situações de normalidade, sob o ponto de vista do direito constitucional, não existem razões preponderantes que justifiquem uma agressão aos ‘núcleos das formas privadas’ de vida. A teoria absoluta, sempre segundo essa noção repousaria, ao fim e ao cabo, na relativa. Haveria determinadas condições contra as quais nenhum princípio poderia atentar. É exatamente aí que se define o conteúdo essencial de um direito fundamental. Não obstante, essas condições, ainda que sólidas, podem variar em situações atípicas, anormais, extremas, o que faria com que sua (do núcleo essencial) definição continuasse sendo, de acordo com Alexy, um assunto da relação entre princípios. (2005, p.182).

Portanto, nesse aspecto não há incompatibilidade entre ambas as teorias, pelo menos no que se refere a situações de normalidade constitucional. Ademais, oferece subsídios para uma possibilidade de compressão justificada e diferenciada em situações excepcionais.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O LIMITE DOS LIMITES

Conforme visto anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos e assim, é permitida sua restrição. Neste ponto, vale ressaltar que as restrições legais a direitos fundamentais são mais freqüentes do que se imagina. E para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade.

Destaca Marmelstein (2009, p.374), “O princípio da proporcionalidade é portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais.”

Porquanto ensina SILVA (2002, p.24), “o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.”

O modelo apresentado por Robert Alexy na “Teoria dos Direitos Fundamentais”, fundamenta o princípio da proporcionalidade a partir dos direitos fundamentais. Isto não significa, como ressalta o próprio autor, não poder ser ele retirado de outros fundamentos.

Para Alexy (2008, p.100), “antes de um princípio, a exigência de proporcionalidade significa um axioma (Grundsatz).”

A proporcionalidade adotada nesta situação não é sinônimo de razoabilidade, pois verificar a proporcionalidade de uma medida que restringe direito fundamental não é tão somente analisar se a medida é razoável.

Virgílio Afonso da Silva, afirma

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal

Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade e individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade. (2002, p.30).

Bornholdt (2005, p.166), afirma que “Não se deve confundir, como o faz (ainda que conscientemente) parcela da doutrina pátria, o princípio da proporcionalidade com a simples exigência de razoabilidade, derivada do direito norte-americano. Aquele possui um efetivo conteúdo, consistente numa exigência de racionalidade ou racionalização, não se limitando à figura de um ‘princípio negativo’, exclusivamente impediendo do arbítrio.”

Assim, será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora: a) a adequação; b) a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e; c) a proporcionalidade em sentido estrito.

Ao tratar desses elementos, afirma George Marmelstein

Esses critérios correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de determinada medida limitadora de direito fundamental: a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; b) o meio escolhido foi o “mais suave” ou o menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?; c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou? Sendo afirmativas todas as respostas, será legítima a limitação ao direito fundamental. (2009, p.376).

Enfim, o princípio da proporcionalidade é utilizado para aferir a legitimidade das restrições de direitos.

5.1 ADEQUAÇÃO

Se os meios destinados a realizar um fim não forem por si mesmos apropriados resta desatendida a exigência de adequação. Em outras palavras, exige-se que a medida aplicável seja pertinente à situação que se pretende regular.

Algumas vezes, a prova da inadequação da medida é relativamente fácil de ser demonstrada através de uma análise objetiva da situação; contudo, na maioria das vezes, a comprovação da falta de liame racional entre meio e fim exigirá uma verificação complexa de inúmeros fatores que nem sempre estão presentes naquele momento.

A adequação também exige que uma medida restritiva de direitos fundamentais, para ser válida, seja idônea para o atendimento de uma finalidade constitucionalmente legítima, ou seja, se o objetivo buscado pela medida for uma finalidade que não seja compatível com a ordem Constitucional, ela não será válida.

5.2 NECESSIDADE (vedação de excesso e vedação de insuficiência)

Marmelstein (2009, p.380) cita a célebre frase de Jellinek, “não se abatem pássaros com canhões.”

A necessidade exige que o meio menos prejudicial seja utilizado. Segundo Alexy, sua aplicação torna claro o caráter principiológico das normas de direito constitucional. É que, sendo os princípios mandados de otimização, exigem eles sua máxima realização, em todos os aspectos.

Assim, se existem dois meios para se alcançar um determinado fim, será adotado aquele que prejudique menos outros princípios constitucionais, em vista desta exigência.

A vedação ao excesso traz a idéia de que a medida há de ser estritamente necessária.

Já a vedação de insuficiência traz o sentido de que o Estado deve agir eficazmente para proteger os direitos fundamentais, adotar medidas suficientes para impedir ou para reprimir as violações aos direitos fundamentais.

Como explica Sarlet, “a violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção.”

A necessidade de proteção suficiente (ou a vedação de proteção insuficiente) se materializa ainda nas hipóteses em que a Constituição estabeleceu verdadeiros “mandados de criminalização”, prevendo normas que determinam a criminalização de condutas (p.e., art.5º, incs. XLI, XLII e XLIII, da Constituição Federal).

Nesse sentido, vale transcrever manifestação do Ministro Gilmar Mendes

Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Em verdade, tais disposições traduzem uma outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Tal concepção legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (2007, STF, ADIN 3112/DF).

5.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO (ponderação)

Ao explicar a proporcionalidade em sentido estrito, Marmelstein cita Jane Gonçalves Reis Pereira

a ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer. A ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito. (2009, p.385)

Para o ilustre constitucionalista Luis Roberto Barroso (2005, p.255), “a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constar se a medida é legítima.”

Basicamente, em sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, quanto ao objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. A doutrina fala em máxima efetividade e mínima restrição.

Na ponderação entre valores, defendida por Alexy (2008), a inclinação da balança se fará pelo maior ou menor despertar de consensos, eis que um procedimento valorativo; ou seja, será o valor mais prestigiado que prevalecerá, sempre considerado o caso e a ponderação em concreto.

Assim, para a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, deve ocorrer um fortalecimento da jurisprudência, a partir da formação de grupos de casos, bem como cada caso deve ser analisado concretamente e consideradas suas peculiaridades.

Não se pode deixar de mencionar ainda, que a par da ponderação entre valores – jurisprudência dos valores (Alexy), há a técnica da metódica estruturante (Müller).

Nesta, o âmbito normativo terá o alcance que lhe permitir sua estruturação dogmática, sendo que então a colisão ocorrerá apenas em alguns casos, pois deve ser observada a hierarquia de superioridade do direito fundamental concedido sem reserva de lei, perante uma lei qualquer (não que sejam superiores aos outros direitos fundamentais, mas só poderão ser limitados por estes).

Mas admitida a colisão, a metódica estruturante ponderará direitos e não valores, como faz a jurisprudência de valores reinventada de Alexy.

Ao tratar da metódica estruturante, Bornholdt (2005, p.157) ensina que “a ponderação entre direitos, não obstante carregada de valorações do magistrado, procurará, mediante os princípios da concordância prática e da proporcionalidade, utilizar referenciais diversos. Em Alexy, será o valor mais prestigiado que prevalecerá. Os referidos princípios servirão, antes, para restringir, na menor medida possível, o outro valor em jogo.”

Bornholdt (2005, p.159) cita Alexy, fazendo uma distinção entre as duas técnicas de ponderação, afirmando que “O decisivo para separar o modelo anterior do ora proposto são os princípios da proporcionalidade e da concordância prática. Sempre que estejam em jogo, significa que ambos os direitos estão sendo considerados sem que um deles seja, na motivação, sacrificado.”

6 CONCLUSÃO

Ao concluir a presente monografia, algumas questões devem ser ressaltadas de maneira pontual.

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético (aspecto material) que são os valores básicos para uma vida digna em sociedade e um conteúdo um conteúdo normativo (aspecto formal), onde somente podem ser considerados como direitos fundamentais aqueles valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional de determinado país.

Neste aspecto formal, é importante destacar que a emenda constitucional 45/2004 acresceu o parágrafo 3º., ao art.5º., da nossa Constituição da República, sendo então, admissível a equivalência às emendas constitucionais de tratados internacionais sobre direitos humanos, desde que cumpridas as formalidades de aprovação daquelas.

Em outras palavras, passou a ser possível a existência de direitos fundamentais não incorporados da Constituição Federal, mas elevados a nível constitucional nos moldes do par.3º., do art.5º., da Constituição Federal brasileira.

No que diz respeito ao conceito de direitos fundamentais, o que importa é considerá-los em cinco elementos conjugados: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia.

Outro ponto importante é que os direitos fundamentais não são direitos absolutos, sendo admitida limitação numa situação de conflito entre direitos fundamentais (em que deverá prevalecer o que for considerado de 'maior peso' no caso concreto) ou em face da ordem pública, dos interesses da coletividade.

Essa restrição pode estar prevista expressamente na Constituição Federal, ser realizada pelo legislador tendo em vista a necessidade de harmonizar direitos fundamentais ou pelo próprio juiz no caso concreto.

As espécies de restrições aos direitos fundamentais, são basicamente adotadas a partir da denominação dada por Robert Alexy: restrições diretamente constitucionais (o próprio constituinte estabelece uma restrição definitiva), restrições indiretamente constitucionais (o constituinte autoriza alguém a estabelecer - infraconstitucionais) e restrição das restrições (são os limites dos limites).

E para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade.

Esse princípio se revela em três elementos, quais sejam: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e a proporcionalidade em sentido estrito.

Enfim, o princípio da proporcionalidade é utilizado para aferir a legitimidade das restrições de direitos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª.ed. São Paulo:Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3ª.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional – tomo III**. Rio de Janeiro:Renovar, 2005.
- BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo:RT, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª. ed. Coimbra:Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra:Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª.ed. São Paulo:Saraiva, 2009.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª.ed. São Paulo:Atlas, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo:Celso Bastos Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os limites dos limites**. Brasília:Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**. t.IV. 4ª.ed. Coimbra Editora, 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7ª.ed. São Paulo:Atlas, 2006.

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

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual.** São Paulo:Manole, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo W. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais – entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.** Roteiro da palestra proferida no 9º seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

SCHAFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.