

O LIMITE DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Danillo Caldeira¹

RESUMO

O presente trabalho busca ilustrar os limites e restrições dos direitos fundamentais, promovendo uma reflexão sobre a aplicação da dignidade da pessoa humana e sua fundamentalidade, frente à complexidade das relações sociais, bem como uma análise histórico-conceitual dos direitos fundamentais e a possibilidade de sua colisão com outros valores constitucionais. Quando bem utilizados, são mecanismos poderosos na busca da mudança social, sendo verdadeiros instrumentos de cidadania. Em contrapartida, se faz necessário o reconhecimento da ineficácia técnica de subsunção no tocante aos direitos fundamentais. Assim, limitam-se determinadas liberdades, para que outras sejam resguardadas, com base no processo de análise de princípios constitucionais implícitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Restrições. Proporcionalidade.

¹Formado pela Universidade Católica de Santos/SP. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especializado em Direito Constitucional pela PUCSP. Advogado.

ABSTRACT

The present work seeks to illustrate the limits and restrictions of fundamental rights, promoting a reflection on the application of the dignity of the human being and its fundamentality, against the complexity of social relations, as well as a historical-conceptual analysis of fundamental rights and the possibility of collision with other constitutional values. When well used, they are powerful mechanisms in the search of social change, being true instruments of citizenship. On the other hand, it is necessary to recognize the technical inefficiency of subsumption with respect to fundamental rights. Accordingly, certain freedoms are limited, so that others may be safeguarded, on the basis of the procedure for examining the principle of proportionality.

KEYWORDS: Fundamental rights. Restrictions. Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	3
CAPÍTULO 2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6
1.1. As dimensões dos direitos fundamentais	11
1.2. Direitos fundamentais da 1ª dimensão	14
1.3. Direitos fundamentais de 3ª dimensão	17
1.4. Direitos fundamentais de 4ª dimensão	18
1.5. Direitos fundamentais da 5ª dimensão	19
CAPÍTULO 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES	21
3.1 Âmbito de proteção: determinação	22
3.2 Conformação e restrição	23
3.3 Âmbito de proteção estritamente normativo.....	25
3.4 Restrições	27
CAPÍTULO 4. PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	30
CAPÍTULO 5. OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	33
5.1 Proporcionalidade	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, sem pretensão de exaurimento, demonstrar a importância dos limites dos direitos fundamentais, uma vez que o progresso apresentado hoje pelo direito constitucional é resultado, em sua maior parte, da consolidação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da interpretação de que a Constituição é o local apropriado para positivizar as normas garantidoras dessas pretensões.

A Constituição é instituída como norma suprema do ordenamento jurídico e sua percepção de que os valores mais estimados da existência humana merecem estar garantidos em documento jurídico com força máxima vinculativa, intacta, em diversos pontos, resultam da evolução ao respeito devido ao homem.

A Constituição Federal de 1988, indiscutivelmente, introduziu uma nova ordem constitucional baseada no valor da dignidade da pessoa humana, assegurando amplo rol de direitos fundamentais, o qual não impede o reconhecimento de outros que não inseridos nesta classificação.

A magnitude da proclamação dos direitos fundamentais pode ser compreendida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Em seu texto é proclamado que a Assembléia Constituinte teve como inspiração principal dos seus esforços o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”.

O Estado Democrático de Direito possui como traço marcante a sistemática dos direitos fundamentais, viabilizando a vida em sociedade. Ocorre que, a convivência mansa e pacífica, por vezes, não se demonstra realizável, visto que, ao mesmo tempo, os sujeitos são titulares e destinatários de direitos fundamentais, e em razão dessa intersubjetividade da relação, tem-se a possibilidade de colisão entre os direitos de cada parte.

Assim, insurgem colisões entre os direitos fundamentais que não podem ser resolvidas a partir da anulação dos direitos por sua totalidade em

prejuízo de outros. Ou seja, não há hierarquia entre os direitos fundamentais e nenhum se reveste de caráter absoluto, pois um determinado direito só pode ser exercido até o limite derivado do exercício de um direito por outro titular.

Doravante, para solucionar esses conflitos, é necessário distinguir a natureza da norma que assegura cada direito, bem como estabelecer qual o conteúdo da proteção e seus limites.

Entretanto, haverá casos em que esta problemática das colisões entre os direitos fundamentais não será resolvida por mecanismos existentes no sistema normativo, considerando-se as limitações do órgão julgador, que não pode – nem deve – antecipar e prever todas as situações conflituosas que podem vir a surgir no núcleo social.

O tema dos limites dos direitos fundamentais mostra-se de extrema importância, principalmente quanto à questão da restrição desses direitos. O objetivo geral desta monografia consiste na realização de uma análise pragmática acerca das situações de colisão entre os princípios constitucionais, e de que forma os próprios limites dos direitos fundamentais podem ser limitados, o que a doutrina constitucionalista moderna denomina de limites dos limites (Do direito alemão, *Schranken-Schranken*), instituto ainda pouco utilizado no Brasil.

Desta forma, a solução proposta, a princípio, consiste na adoção do princípio implícito da proporcionalidade enquanto critério fixador de restrições aos direitos fundamentais, alcançando-se, por meio deste, limites objetivos na sistemática desses direitos. A proporcionalidade, nos moldes aqui delineados, será verificada pela tríade: adequação, necessidade e proporcionalidade (em sentido estrito).

Ampliaremos o estudo sob uma visão teórica interna e externa que tratam da limitação desses direitos, estabelecendo, a partir de uma delas, a concepção de restrição, bem como suas consequências práticas na vida em sociedade.

CAPÍTULO 1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são reputados imprescindíveis à pessoa humana, primordiais para garantir a todos uma vida digna, livre e igualitária. Ainda que o Estado reconheça este direito formalmente, a busca para a sua concretização e incorporação no dia a dia é constante.

Para compreendermos o que são os direitos fundamentais, não basta apenas saber que se trata de direitos estabelecidos pela ordem constitucional de determinado Estado, visto que tal circunstância, ainda que substancial, é insuficiente.

O conceito de direitos fundamentais também não se restringe apenas aos direitos expressamente positivados (ou mesmo implicitamente) em determinada constituição.

Desta forma, os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, compreendidos estes últimos como fundamento de discussões morais motivadas ao longo da história.

Com isso, compreendemos que os direitos fundamentais são progressos constantes de (re)construção, uma vez que a sua fundamentação e normatividade advém de uma Constituição positiva, igualmente mutável.

Assim, falar em direitos fundamentais é discorrer sobre condições para a construção e exercício de todos os demais direitos previsto no nosso ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais também são conhecidos como direitos humanos, direitos individuais, direitos do homem, liberdades fundamentais, dentre outros. A diversidade semântica reflete no próprio texto constitucional, uma vez que são utilizadas expressões como direitos humanos (Artigo 4º), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º), direitos e liberdades constitucionais (Artigo 5º) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Há também os direitos coletivos que tratam-se de direitos referentes a natureza indivisível em que o titular seja um grupo, classe ou categoria de indivíduos interligados entre si por uma relação jurídica.

Embora tratados coletivamente, os titulares destes direitos são determináveis e identificáveis, uma vez que possuem vínculo jurídico.

Podemos classificar os direitos coletivos no sentido *lato sensu* em, direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos.

Para diferenciá-los, dentre muitos aspectos, temos a transindividualidade, que poderá ser ampla ou restrita; pelos sujeitos titulares, determinados ou não; real ou artificial; indivisível ou divisível pelo seu objeto; pela indisponibilidade ou disponibilidade do bem jurídico tutelado; bem como pelo vínculo que demandar coletiva, juridicamente ou de fato.

Em sentido amplo, os direitos difusos diferem-se por sua classificação e literalidade dos direitos coletivos, que encontra-se disposta no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81 parágrafo único, a saber:

Art. 81 A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Das supramencionadas categorias de direitos transindividuais, os direitos difusos são aqueles que detêm a maior transindividualidade real. Como exemplo, temos a proteção da criança e do adolescente, da comunidade indígena e das pessoas portadoras de deficiência.

Já os direitos coletivos em sentido estrito, como característica própria possuem a transindividualidade restrita, determinando os sujeitos titulares de categorias ou grupo de pessoas, unidos por relação jurídica. Como exemplo, temos o direito de todos os alunos de determinada escola terem a mesma qualidade de ensino em certo curso, o direito da ilegalidade do aumento abusivo das mensalidades de planos de saúde, dentre outros.

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos são aqueles advindos de uma origem comum, possuindo transindividualidade instrumental

ou artificial, seus titulares são pessoas determinadas e seu objeto divisível, admitindo reparabilidade direta. Este tratamento especial possui fundamento, uma vez que objetiva aderir diversas demandas individuais em uma única coletiva, de modo que facilite o acesso à justiça e priorize a eficiência da economia processual. Como exemplo de direitos individuais homogêneos temos a hipótese de uma explosão em um lugar público onde diversas vítimas sofrem dano, um alimento que cause intoxicação em vários consumidores.

Em meados da década de 1990, os direitos humanos ganharam magnitude quando as conquistas da Constituição da República de 1988 foram consolidadas, e a expressão “direitos fundamentais” se disseminou na sociedade.

Com isso, a atual Constituição brasileira é a mais ampla e extensa de todas as antecedentes. Em seu Título II, a Constituição classificou o gênero direitos e garantias fundamentais em cinco grupos: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Além de trazer em seu escopo os “Direitos e deveres individuais e coletivos”, definiu os Direitos sociais em seu artigo 6º, visto que desde 1934 eram inseridos no capítulo da “Ordem econômica e social”, salientando a garantia de desenvolvimento dos menos favorecidos.

Desta forma, os direitos fundamentais se estenderam na atual Constituição, reconhecendo os direitos individuais e sociais, a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III), garantindo a sua proteção.

Entretanto, apenas a consagração desses direitos não é o bastante, é necessário que o Estado concretize, possibilitando à sociedade o gozo dos direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de transformar a Constituição da República em um mero pedaço de papel, e isso, muitas vezes causa o dispêndio em excesso de recursos públicos, as vezes, mais do que o próprio ente pode suportar.

CAPÍTULO 2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A consolidação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é fruto da evolução histórica, que nos possibilita interpretar que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.

É pertinente pontuar que a perspectiva histórica ganha relevância não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, especialmente, pela particularidade histórica dos direitos fundamentais que é também uma história resultante do surgimento do moderno Estado constitucional (movimento social, político e jurídico, com objetivo de limitar o poder do Estado através de uma Constituição), cujo fundamento e razão de ser, envolvem o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana.

O caminho percorrido pela maturação histórica se inicia ainda no período monárquico, mais precisamente com o regresso de D. João VI a Portugal. O então Príncipe Regente (D. Pedro I) editou inúmeros decretos, garantindo direitos individuais ou liberdades públicas, posteriormente ratificadas pela Constituição de 1824. Assim, os direitos fundamentais foram proclamados na Constituição do Império de 25 de março de 1824, disposto em 35 incisos do artigo 179.

O ilustre doutrinador Flávio Martins², nos ensina:

“A primeira constituição previu um rol de “direitos civis e políticos”. Quando a direitos individuais, previstos no artigo 179, destacam-se o princípio da legalidade (inciso I), liberdade e propriedade (“caput”), liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), liberdade de crença (inciso V), liberdade de locomoção (inciso VI), inviolabilidade domiciliar (inciso VII), princípio do juiz natural (inciso XI), igualdade (inciso XIII) e, de forma inovadora e avançada, previu que a “instrução primária, e gratuita a todos os cidadãos” (inciso XXXII)”

Estes direitos são similares aos encontrados nas constituições dos Estados Unidos e da França. Mas apesar de expressamente previsto o rol de direitos individuais, a sua concretização ficou comprometida, uma vez que o constitucionalismo moderno ainda embrionário, não concedia a força normativa

²Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 742

que uma Constituição possui atualmente. Assim, embora previsto o direito a liberdade em seu artigo 179 “caput”, a escravidão foi vivida praticamente por toda a sua vigência.

A ressalva cabe aos direitos sociais que só foram constitucionalizados depois da primeira guerra mundial, na Constituição de Weimar em 1919. Os direitos políticos, porém, foram previstos nos artigos 90 e seguintes.

Na época, o voto era indireto, visto que os cidadãos qualificados ao voto deviam ser maiores de 21 anos, permitindo também os estrangeiros naturalizados brasileiros, excluindo os religiosos e outros (Art. 92, I), elegendo seus representantes em Assembleias Paroquiais e estes, de igual modo, elegiam os “representantes da nação”. O voto era também censitário pela necessidade de comprovação mínima de renda anualmente.

Seguindo a evolução histórica, a Constituição Republicana de 1891 notadamente liberal, não assegurou os direitos sociais, como saúde, educação e assistência aos necessitados.

Porém, retoma em seu artigo 72, constituído por 31 parágrafos, os direitos fundamentais classificados na Constituição de 1824, estabelecendo o rol de direitos individuais, dentre eles a legalidade (parágrafo 1º), igualdade (parágrafo 2º), liberdade de locomoção e inviolabilidade domiciliar (parágrafos 10º e 11º respectivamente). Neste artigo também foram incorporados importantes feitos, como o reconhecimento dos direitos de reunião e associação, extensas garantias penais e instituiu o habeas corpus, que até então era garantido apenas por legislação ordinária, mas diferentemente dos dias atuais, tutelava não apenas o direito de locomoção, mas quaisquer outros. Estes direitos foram estendidos aos estrangeiros residentes no país (Art. 72 “caput”), que era reconhecido somente aos cidadãos brasileiros na constituição anterior.

Com o reconhecimento dos movimentos sociais, a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de 1917 do México e na Constituição de Weimar de 1919, inaugurou o Estado Social brasileiro, sendo promulgada após o movimento político de 1930.

Foi a primeira Constituição a integrar os direitos sociais, principalmente os direitos relacionados ao trabalho, como a proibição do trabalho infantil, o salário mínimo, férias anuais remuneradas, dentre outros.

A educação foi estabelecida como direito de todos, sendo prerrogativa da família e dos Poderes Públicos, e ainda assegurou diversos direitos, como a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, o “direito a subsistência” (Art. 113, “caput”), assistência aos indigentes (Art. 113, inc. 34), acarretando caráter fundamental aos direitos sociais. Os direitos sobre saúde pública não detinham um capítulo específico, mas eram encontrados disseminados por toda a Constituição.

Além dos inovadores direitos sociais, foram constituídos os Remédios Constitucionais, como o mandado de segurança e a ação popular (Art. 113, incs. 33 e 38).

Os direitos políticos foram inovados de igual forma, considerando eleitor os maiores de 18 anos, excluindo-se os mendigos, analfabetos, dentre outros (Art.108), porém, foi a primeira Constituição a permitir o voto feminino, instituindo o voto universal, direto e secreto.

A Constituição de 1937, inspirada no regime nazista alemão, em seu artigo 186 declara o estado de emergência em todo o país, resultando em um considerável retrocesso à tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, os direitos do homem foram suprimidos de tal forma, que essa supressão foi disposta também nas constituições de 1967 e 1969, suas cartas representam uma diminuição drástica desses direitos.

O mandado de segurança e a ação popular criados na Constituição anterior deixaram de ter previsão constitucional, foi acrescentada a pena de morte, e pela primeira vez no nosso Direito Constitucional, foi permitida a criação de um Tribunal de Exceção (Art. 173).

No tocante aos direitos políticos já previstos da constituição anterior, constituiu-se uma norma sem eficácia, uma vez que as primeiras eleições decorreria da realização de um plebiscito, que nunca ocorreu.

Os direitos sociais, desta forma, permaneceram semelhantes aos previstos na Constituição anterior, ainda que o lock-out³ e a greve tenham sido proibidos.

A Carta Constitucional de 1946 reforçou os direitos fundamentais, assegurando capítulos relacionados à Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais, restabeleceu o mandado de segurança e a ação popular, criou o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (Art. 141 §4^a), aboliu a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (Art. 141 §31), bem como vedou a criação de Tribunais de Exceção, permitidos pela Constituição anterior.

Estabeleceu os Direitos Sociais, no Título V (“Da Ordem Econômica e Social”), sobretudo os direitos dos trabalhadores (Art. 157), novamente reconhecendo o direito de greve (Art. 158) e o direito a educação (Art. 166).

Os direitos fundamentais na Constituição de 1967, como esperado de um regime ditatorial foram drasticamente diminuídos. Um exemplo disso foi a limitação da liberdade de publicação de livros, uma vez que não seriam tolerados matérias pertinentes a subversão da ordem, bem como exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

O direito de reunião também foi limitado, autorizado somente pela Polícia quando determinasse um local específico. O foro militar foi instituído igualmente para os civis (Art. 122, §1º), estabelecendo a pena de suspensão dos direitos políticos decreta pelo Presidente da República (Art. 144 §2º), declarada pelo STF, para os cidadãos que explorasse os direitos políticos ou de manifestação do pensamento.

Houve também o retrocesso dos direitos sociais, diminuindo para 12 anos a idade mínima para o trabalho, restrição ao direito de greve, supressão da estabilidade como garantia constitucional, dentre outros.

Com o advento da Constituição de 1988, conhecida também como Constituição cidadã, trouxe relevante importância aos direitos e garantias fundamentais, promovendo uma reestruturação do Estado brasileiro e de seus

³ O lock-out ocorre quando o empregador impede que os seus empregados, total ou parcialmente, adentrem nos recintos do estabelecimento empresarial para laborar.

direitos fundamentais, podendo ser encontrados em diversas partes do texto constitucional.

Assim, o doutrinador Dimoulis⁴ pontua:

“O art. 5.º, da CF traz um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas. Ao lado destes, prescreve também os direitos coletivos e deveres individuais e coletivos. O art. 6º define os direitos sociais a serem concretizados por todos os órgãos estatais. O art. 7º eleva o direito do trabalho ao nível constitucional, o que traz relevantes consequências dogmáticas, como a incidência do dever estatal de tutela, sendo que a omissão ou não cumprimento deste dever pelo Estado dá azo a ações constitucionais.”

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se previstos no Título II, que foi dividido em cinco capítulos, a saber:

- I. Direitos individuais e coletivos: são aqueles direitos coligados ao conceito de pessoa humana e a sua personalidade, bem como o direito a vida, a igualdade, a dignidade, a segurança, a honra, a liberdade e a propriedade. Estes direitos estão dispostos no artigo 5º da Constituição Federal. Os direitos individuais possuem prerrogativas inerentes ao indivíduo em se opor ao arbítrio estatal, enquanto que os direitos coletivos pertencem a uma coletividade que se vincula juridicamente;
- II. Direitos sociais: São direitos dispostos no Art. 6º da Constituição Federal, inerentes às prestações positivas do Estado, ou seja, relacionam-se com o que o Estado deve prover, como o direito à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados;
- III. Direitos de nacionalidade: São direitos vinculados ao jurídico-político entre o indivíduo e o Estado, passando a integrá-lo;
- IV. Direitos políticos: Dispostos no Art. 14 da Constituição Federal, são direitos que regulam o exercício da cidadania, permitindo a participação ativa da política estatal.
- V. Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: Elencados no artigo 16 da Constituição federal, busca proteger o Estado Democrático de Direito, garantindo a autonomia e liberdade plena dos partidos políticos.

Cabe salientar que a Constituição de 1988 estendeu os direitos fundamentais e foi a primeira Constituição brasileira a inverter a ordem do capítulo referente aos direitos fundamentais, uma vez que em todas as outras Constituições os direitos fundamentais encontravam-se nos últimos artigos.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pag. 37

Com isso, além dessa inversão “topográfica”, os direitos fundamentais ganharam estímulo considerável, tanto no que se refere aos direitos individuais, visto que foi vedada expressamente a tortura (Art. 5º III), a censura e a licença (Art. 5º, IX), como foram estabelecidos também o habeas data (Art. 5º, LXXII) e o mandado de injunção (Art. 5º, LXXI). No tocante aos direitos sociais, foi a primeira constituição a dispor de um capítulo específico ao tema, e estabelecer um rol dos direitos sociais, como saúde, educação, lazer, segurança, e dispôs também sobre os direitos individuais e coletivo dos trabalhadores (Art. 7º a 11).

Os direitos políticos também ganharam força e se tornaram efetivos, com o voto direto, secreto, universal e periódico, e a permissão do voto do analfabeto.

Assim, a nossa Constituição estendeu os direitos fundamentais reconhecendo a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito, elencado no Artigo 1º, inc. III, obtendo relevante notoriedade, assegurando esses direitos e garantias como cláusulas pétreas dispostas no Art. 60, §4º, IV da CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.

O Ilustre doutrinador Gilmar Mendes⁵, em sua obra nos ensina:

“Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos”

Por fim, compreendemos que a Constituição de 1988 foi inovadora em vários aspectos em relação às anteriores, uma vez que foi a primeira a estabelecer os direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado, salientando a sua relevância na nova ordem democrática disposta no País.

1.1.As dimensões dos direitos fundamentais

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco. – 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 136

A partir de uma conferência pronunciada em 1979, as dimensões dos direitos fundamentais foram classificadas e idealizadas pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak.

Existem diversos critérios que classificam os direitos fundamentais em gerações de direitos ou, como prefere a doutrina majoritária, “dimensões” dos direitos fundamentais, por compreenderem que uma nova “dimensão” não abandonaria os êxitos da “dimensão” anterior. Uma vez que a expressão “geração” idealiza a substituição do velho pelo novo, o que é uma afirmação errônea, visto que os direitos fundamentais da nova dimensão não só não substitui as dimensões anteriores como também coexistem e se completam.

Não obstante tenha sido criada por Karel Vasak⁶, a classificação das dimensões foi disseminada em decorrência da obra A Era dos Direitos de Norberto Bobbio, jurista e filósofo italiano. Em suas palavras:

“do ponto de vista teórico, sempre defendi- e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual. (...) Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga. (...) O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.”

Partindo dos lemas da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, eram anunciados os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão que evoluíram segundo a doutrina para uma 4ª e 5ª dimensão.

Para Thiago Avanci⁷, a classificação das dimensões é um critério complexo, por sua dificuldade de encontrar o centro, o alvo da teoria, uma vez que cada doutrinador oferece o melhor critério de estudo.

⁶ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 748

⁷ <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31117-34266-1-PB.pdf>

Porém, o núcleo da controvérsia é basicamente o questionamento sobre a criação desta dimensão dos direitos fundamentais.

As principais correntes que se destacam são aquelas pautadas na importância dos Direitos fundamentais; a que utiliza a história como norte; e a que se baseia nos destinatários do direito.

Dentre as classificações híbridas, analisando os direitos fundamentais conforme sua evolução histórica, a primeira geração seria a respeito dos direitos negativos, nascidos dos administradores do Estado para que este fique impedido de apoderar-se dos direitos fundamentais civis e políticos. Já a segunda geração, refere-se aos direitos positivos, sociais, nascidos da vontade do povo pela intervenção Estatal com objetivo de assegurar melhores condições de vida. Na terceira geração, refere-se aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que necessitam da atuação do estado para salvaguardar os administrados em situações em grupos determináveis de pessoas. Ainda sobre as gerações, a quarta trataria dos direitos relativos à bioética, democracia e ecologia e por fim a quinta geração tratando a paz como categoria de direito fundamental.

De outro modo, podem ser classificados segundo o critério histórico ou cronológico fruto de direitos capazes de comover a sociedade, sendo divididos em até sete gerações, contrariando o entendimento do doutrinador, uma vez que são criados direitos fundamentais com a mesma rapidez com que surgem novos direitos, trazendo o entendimento que a grande parte dos direitos decorrem de direitos fundamentais já pré-existent.

Na parte histórica de sua tese, afirma que os interesses escusos e econômicos como dos burgueses em proteger os direitos individuais, revoltas e revoluções políticas, foram os casos dos direitos sociais objeto de profunda crise entre trabalhadores e empregados, surgindo assim, os direitos transindividuais na Europa, por volta de 1200 e por fim a conscientização da população mundial elevando os direitos da humanidade.

Por fim, Avanci destaca ser praticamente impossível prever o surgimento de novos direitos Fundamentais, até que nasça situações reais de anti-judiricidade que não detenha previsão legal. Deste modo, os futuros Direitos Fundamentais serão expectativas de consolidação a um indivíduo, classe, sociedade e a humanidade como um todo. Por este motivo, afirma que

existe a necessidade de se mudar o foco do individualismo de primeira dimensão, uma vez que apartado de seu contexto não faz sentido, para o humanismo de quarta geração.

Contudo, o enfoque deste trabalho entende ser viável a divisão entre cinco dimensões, porquanto se enaltece os direitos fundamentais, assegurando as suas gerações, e evoluções, a saber:

1.2. Direitos fundamentais da 1ª dimensão

Os direitos humanos da 1ª dimensão são aqueles que surgiram na legislação dos povos e relatam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, nesse sentido, o respeito às liberdades individuais são apenas uma perspectiva da ausência estatal. Ou seja, nos direitos de primeira dimensão, como dever principal o Estado tem de não agir, não fazer, não interferir na liberdade pública do indivíduo. Como exemplo, temos que não cabe ao Estado tirar a vida de nenhum cidadão indevidamente, exceto em casos permitidos excepcionalmente. De igual modo, não poderá tirar a propriedade, liberdade, etc.

O doutrinador Ingo⁸ nos explica:

“São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”

Ainda que os direitos de primeira dimensão tenham como o dever principal de se omitir, resta o dever secundário ao Estado de agir. Assim, como exemplo ao que se refere ao direito à vida, o dever secundário é de garantir a todos uma vida digna. Por isto, Stephen Holmes e Cass Sunstein (na obra

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pag.54

Cost of Rights) não aprovam essa diferenciação entre os direitos de primeira dimensão (negativos) e os direitos de segunda dimensão (positivos), uma vez que todos os direitos têm custos, obrigando o Estado diretamente ou indiretamente a praticar tais atos.

Ainda assim, seu reconhecimento nasce com maior indício nas primeiras Constituições escritas, podendo ser definidos como consequência do pensamento liberal-burguês da época. (séc. XVIII)

Estes direitos estão relacionados às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos interpretando o valor da liberdade.

Conforme salienta Bonavides⁹:

:

“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”

Diversos documentos históricos são relevantes para a configuração e emergência do que os doutrinadores chamam de direitos humanos de 1ª geração (séculos XVII, XVIII e XIX), como exemplo, podemos citar a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”, a Paz de Westfália (1648), Habeas Corpus Act (1649), Bill of Rights (1688), Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789).

Há um reconhecimento por parte da doutrina de certo conteúdo social no constitucionalismo Francês, assim, Dimoulis e Martins afirmam que a expressão “geração” não se demonstra com exatidão cronológica, uma vez que já fora observada nas primeiras constituições e Declarações dos séculos XVIII e XIX alguns direitos sociais.

2.2.1 Direitos fundamentais da 2ª dimensão

⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-564

Os direitos humanos da 2ª geração têm como estímulo e inspiração a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. A Primeira Grande Guerra ocorreu no início do século XX e marcou a fixação dos direitos sociais.

Os direitos de segunda dimensão são direitos sociais, como a saúde, educação, trabalho e assistência aos desamparados. Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, o Estado tem o dever de agir, estabelecendo políticas públicas que concretizem os direitos previstos constitucionalmente.

As péssimas situações e condições de trabalho resultaram no movimento cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris (1848), que visava a melhoria trabalhista e reivindicava normas de assistência social.

Neste sentido, Pedro Lenza¹⁰ destaca:

“Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal, mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se:

- Constituição do México, de 1917,
- Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida a Constituição da primeira república alemã;
- Tratado de Versalhes, 1919 (OIT)
- No Brasil, a Constituição de 1934 “

Tais constituições, todavia, tiveram sua eficácia contestada, uma vez que passaram por um ciclo de baixa normatividade, decorrente da natureza própria dos direitos que requerem do Estado o cumprimento de prestações materiais que nem sempre são possíveis, visto a carência ou limitação de meios e recursos.

Entretanto, a Constituição alemã se destacou por seu dispositivo mais marcante, o artigo 163, que expressamente previa o direito ao trabalho:

“Apesar de sua liberdade pessoal, todo alemão é obrigado a investir sua energia física e intelectual de forma necessária ao benefício público. A cada alemão será dada a oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho econômico. Não sendo oferecidas aberturas

¹⁰ LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza. - 19 ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 1143

apropriadas de trabalho, ele recebera apoio financeiro. Mas detalhes são especificados pela Lei do Reich (império)”¹¹

1.3. Direitos fundamentais de 3ª dimensão

Os direitos de terceira geração são evidenciados pela profunda mutação da sociedade na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), reconhecendo-se intensas alterações nas relações econômico-sociais.

Novas situações preocupantes mundiais surgiram, como a consciência necessária do preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores. Assim, o indivíduo insere-se em uma coletividade angariando direitos de solidariedade ou fraternidade.

Pedro Lenza¹² em sua obra nos ensina:

“Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano com altíssimo teor de humanismo e universalidade.”

Neste sentido, os direitos de terceira dimensão, também chamados de metaindividuais, pertencem a uma coletividade determinável ou não de pessoas, como o meio ambiente sadio, previsto no artigo 255 da Constituição Federal: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida...” e a busca da paz, elencada no Artigo 4º, incisos VI e VII da Constituição Federal, que garantem a “defesa da paz” e a “solução pacífica dos conflitos”.

O direito de viver em um ambiente ecologicamente equilibrado, não poderia sequer ter sido imaginado quando foram apontados os de segunda geração, e de igual modo os direitos a instrução ou à assistência.

¹¹ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. PAg. 749

¹² LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza. - 19 ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 1144

Profundamente liberais, as primeiras constituições de 1824 e 1891 apenas previam direitos de primeira geração. A proteção ao meio ambiente era uma perspectiva distante, e surgiu apenas por meio de lei infraconstitucional, no Código Florestal, de 1934 (Decreto 23.793/34). Ainda assim, não foi tutelado o direito ambiental na Constituição de 1934, mantendo-o apenas infraconstitucionalmente.

Vale pontuar que a primeira Constituição brasileira a tratar, ainda que superficialmente, sobre o meio ambiente (portanto, da terceira dimensão dos direitos) foi a Constituição de 1937, legislando sobre “medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos” (Art. 18, “e”) e ainda sobre “monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens” (art. 134), sendo praticamente abandonados pelas Constituições posteriores, que não trataram da proteção ao ambiente, que ganha outra dimensão com o advento da Constituição de 1988.

1.4. Direitos fundamentais de 4ª dimensão

Nessa dimensão, os direitos derivariam dos avanços na área da engenharia genética, biodireito e biotecnologia, ao colocarem em risco a própria existência humana em decorrência da manipulação do patrimônio genético. Para Norberto Bobbio¹³:

“... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”

O doutrinador ainda se posiciona:

“os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo nascem todos os perigos à vida, à liberdade e à

¹³ LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza. - 19 ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 1144

segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais do debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos tem de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o ultimo da serie, que está levando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais alem do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos Do Homem”¹⁴

De modo diverso, o doutrinador Bonavides afirma que os direitos de quarta geração seriam aqueles decorrentes da democracia, informação e pluralismo, assim, “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

Advindos de novas tecnologias, tal entendimento ganha enfoque nos direitos novos, mas que ainda decorrem das dimensões anteriores. Assim, a possibilidade de hospedar um site na internet ou de clonagem são tidos como direitos novos, derivados de novas tecnologias, mas ainda assim integram uma nova geração de direitos, ou seja, são novos direitos, introduzidos nas dimensões anteriores.

Com isso, em decorrência da democracia, informação e o pluralismo, a nossa geração busca a concretização desses direitos, ainda que seja chamada de semidireta, existem limitados instrumentos capazes de participação popular. Os projetos de leis por iniciativa popular em âmbito federal é bastante escasso, em 30 anos, nosso país teve apenas um plebiscito e um referendo, sem a possibilidade de referendo revogatório. Assim, é uma dimensão de direitos que deve ser desenvolvida prementemente.

1.5. Direitos fundamentais da 5ª dimensão

¹⁴ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 751

Alguns doutrinadores entendem que os direitos de quinta dimensão são aqueles submetidos ao estímulo da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da internet e da realidade virtual em geral. Para o doutrinador José Adercio Sampaio, a quinta geração engloba o dever de cuidado, respeito e amor a todas as formas existentes de vida.

Podemos compreender que os direitos de quinta dimensão, são os direitos de dever, cuidado e respeitos relacionados às outras formas de vida, além da humana. Ainda que não seja um tema inovador, visto que esta discussão advém desde Pitágoras e Aristóteles, já foi matéria de “Declaração Universal dos Direitos dos Animais” da UNESCO, e enfrenta oposição dos clássicos constitucionalistas, que afirmam exaustivamente sobre a não titularidade de direito dos animais. Com a aceitação desses direitos, cabe uma análise da amplitude, titularidade, eficácia, limites, etc. Desta forma, além de ser um direito novo derivado de desenvolvimento tecnológico, é uma geração nova de direitos, cabendo uma maior sensibilidade no esforço intelectual empregado desde a década de 1910, devendo agora ser concretizados os direitos dos seres vivos que compartilham o ambiente conosco.

CAPÍTULO 3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES

A prática dos direitos pode ensejar uma diversa gama de conflitos com outros direitos protegidos constitucionalmente. Com isso, se faz necessário definirmos o âmbito ou núcleo de proteção, e, se for o caso, a precisa fixação das restrições ou limitações a esses direitos.

O âmbito de proteção de um direito fundamental compreende os inúmeros pressupostos fáticos e jurídicos observados na norma jurídica e sua consequência, a proteção fundamental constituem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Mendes¹⁵ nos esclarece:

“Nos direitos fundamentais de proteção ou de defesa, cuida-se de normas sobre elementos básicos de determinadas ações ou condutas explicitadas de forma lapidar: propriedade, liberdade de imprensa, inviolabilidade do domicílio, dentre outros.”

Existem correntes que afirmam que o âmbito de proteção é aquele que detém parcela da realidade que o constituinte definiu por conta própria como objeto de proteção especial ou, protegida por uma garantia fundamental.

Assim, determinados direitos individuais, como a propriedade e o direito à proteção judiciária, são atribuídos no âmbito de proteção estritamente normativo, não cabendo ao legislador ordinário estabelecer restrições a eventual direito, e sim definí-lo em determinada medida a sua amplitude e a

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag, 35

conformação desses direitos individuais. Vale dizer, o poder de conformar se difere da premissa ilimitada de disposição. Conforme os doutrinadores Pieroth e Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação¹⁶.

Diferentemente é a dimensão do âmbito de proteção dos direitos de igualdade que norteiam a relação de distintas pessoas ou posições frente ao Poder Público. Assim, compreende-se que tratamento isonômico se averigua no tratamento idêntico ou diverso a situações idênticas ou diversas.

Com relação ao âmbito de proteção de específico direito individual, requer a identificação, não só o objeto da proteção, ou seja, do que é realmente protegido, como contra que tipo de restrição se concede essa proteção. Neste sentido Mendes¹⁷ preceitua:

“Não integraria o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição de determinado direito. Isso significa que o âmbito de proteção não se confunde com proteção afetiva e definitiva, garantindo-se a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional. Na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.”

3.1 Âmbito de proteção: determinação

Como compreendemos, a análise das restrições aos direitos individuais presume a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental.

Esse processo exige para cada direito fundamental um específico procedimento, não podendo ser fixado em regras gerais.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag, 36

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag, 36

É comum a definição do âmbito de proteção ser imposta com base em uma interpretação sistemática, abrangendo outros direitos e disposições constitucionais. Porém, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em comparação com eventual restrição a esse direito.

Entretanto, com o objetivo de obter melhor percepção, podemos afirmar que o âmbito de proteção é definido pela análise da norma constitucional garantidora de direitos, observando:

- a) A identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) A verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.¹⁸

Com isso, percebe-se que a discussão sobre o âmbito de proteção de determinado direito compõe o ponto central da dogmática dos direitos fundamentais, ainda que nem sempre possa ser afirmado com certeza sobre a proteção do direito de determinado objeto, bem ou conduta. É necessário o questionamento de alguns sistemas jurídicos, como exemplo os valores patrimoniais, se estes seriam contemplados pelo âmbito da proteção do direito de propriedade. De igual modo, indaga-se, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas, e se ela seria englobada pelas outras formas de comunicação (como as de rádio, Pager, etc.).

Desta forma, compreendemos que a identificação precisa do âmbito de proteção de dado direito fundamental requer frequente empenho hermenêutico para aplicação no caso concreto.

3.2 Conformação e restrição

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag., 37.

É comum a ideia de restrição no âmbito dos direitos fundamentais. O princípio da reserva legal disposto no art. 5º, II da Constituição Federal é uma das possibilidades de se estabelecerem restrições legais a direitos, bem como os incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção).

Para citarem essas restrições, o constituinte emprega expressões variadas, como: “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). E por outras vezes, a norma fundamental cita um conceito jurídico indeterminado, que deve delimitar um direito específico. É o que pode ser verificado com a cláusula da “função social” no art. 5º, inciso XXIII. O doutrinador Mendes nos explica:

“Tais normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contem, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção, e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado”¹⁹

Nessa toada, o ilustre doutrinador José Afonso da Silva, foi o primeiro a classificar os graus de eficácia de uma norma constitucional, na obra *aplicabilidade das normas constitucionais*, em 1967, classificação essa adotada pela Supremo Tribunal Federal. Assim, para o ilustre Professor, existem as normas de eficácia plena (aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição produzem por si só, todos os plenos efeitos); as normas de eficácia contida (possuem eficácia plena, porém podem ser sujeitas a restrições pelo legislador) e por fim, as normas de eficácia limitada, que são aquelas que possuem eficácia restrita e dependem de complementação legislativa.

Porém, cabe observar que nem todas as normas relativas aos direitos individuais tem o objetivo de restringir ou limitar poderes ou faculdades.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva,2012. Pag., 37.

Uma vez que existem normas legais destinadas a completar, acrescentar e concretizar o direito fundamental. É o caso da disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões (CF, art. 5º XXII – XXXI), no âmbito da proteção do consumidor (CF, art. 5º XXXII) e do direito à proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV, LXVII – LXXII).

“Sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico. Nessa hipótese, o texto constitucional é explícito ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º XXXV). Fica evidente, pois, que a intervenção legislativa não apenas se afigura inevitável, como também necessária. Veda-se, porém, aquela intervenção legislativa que possa afetar a proteção judicial efetiva.”²⁰

Com isso, podemos compreender que apenas a supressão de normas existentes da legislação ordinária acerca desses institutos pode prejudicar a garantia institucional, bem como o direito subjetivo tutelado constitucionalmente. A conformação dos direitos individuais ganha magnitude em conformidade aos chamados direitos com âmbito de proteção estrita ou mercadamente normativos, visto que é a norma ordinária que concede o conteúdo e efetividade da garantia constitucional.

3.3 Âmbito de proteção estritamente normativo

Como citado anteriormente, é necessária a reflexão sobre os direitos individuais que tem o âmbito de proteção instituído diretamente e expressos no nosso ordenamento jurídico.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012.

Mendes²¹ nos ensina:

“A vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião preexistem a qualquer disciplina jurídica. Ao contrário, é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade, institui o direito de herança e transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento. Tal como referido, a proteção constitucional do direito de propriedade e do direito de herança não teria assim, qualquer sentido sem as normas legais relativas ao direito de propriedade e ao direito de sucessão”

Essa categoria concede ao legislador principalmente o dever de definir o próprio conteúdo do direito regulado, assim, fala-se, nesses casos de regulação ou conformação ao invés de restrição. Isto porque as normas referentes a estes institutos não estão focadas essencialmente em estabelecer restrições, uma vez que elas requerem anteriormente o cumprimento de relevante e indispensável função como norma de concretização ou de conformação desses direitos.

Normalmente, o constituinte ministra ao legislador ordinário um vasto poder de conformação, consentindo que a lei realize ou fortaleça determinada faculdade fundamental. É o que observamos em algumas disposições constitucionais expressas, vejamos:

- 1) “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento” (art. 5º, XXVI);
- 2) “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (art. 5º, XXVII);
- 3) “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas” (art. 5º, XXVIII);
- 4) “são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito” (art. 5º, LXXVI);
- 5) “são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania” (art. 5º, LXXVII).²²

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 39.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag., 40.

Neste sentido, percebe-se na doutrina a problematização que envolve os direitos com âmbito de proteção marcadamente normativo, visto que do mesmo modo que requerem concretização e conformação por parte do legislador, eles devem se vincular e obrigar o Estado. Ou seja, o poder de conformação do legislador não possibilita a livre disposição sobre a matéria. Aliás, os doutrinadores Pieroth e Schlink pontuam que a disciplina que transponha a tradição não mais configura a simples conformação como dito anteriormente.

Ainda que raramente a supressão afete tais garantias, confrontando o instituto enquanto direito constitucional objetivo e as posições juridicamente tuteladas, se caso suprimir as normas concretizadoras de determinado instituto. Assim, para o legislador existiria o dever de preservar tais garantias.

Da mesma forma, esse dever de preservar exigido ao legislador identifica também o dever de legislar, ou seja, a responsabilidade de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo.

3.4 Restrições

A restrição a direitos fundamentais é uma limitação do âmbito de proteção e deve ser entendida como qualquer ação ou omissão do Poder Público que prejudique o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo ou o limitando.

Como exemplo, temos o disposto no artigo 5ª, inciso IV da Constituição Federal que dispõe: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”, assim, todas as práticas de manifestação de pensamento são alcançadas, porém, a proibição do anonimato institui uma

restrição, visto que limita a garantia constitucional da manifestação do pensamento àqueles casos em que o titular do direito não se omite.

A nossa Constituição Federal de 1988 e igualmente nas anteriores a ela, aplica a chamada técnica da restrição legal a diversos direitos individuais.

Por vezes a restrição está prevista no próprio texto constitucional, impondo diretamente, na definição da garantia ou até mesmo de forma autônoma, o limite expresso ao exercício do direito individual garantido.

Como exemplo temos o sigilo das comunicações que poderá ser suspenso mediante ordem judicial, *“nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”* (Art. 5º, XII).

Da mesma forma, é reconhecido o *“livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”* (art. 5º, XIII), bem como garante-se a *“liberdade de associação para fins lícitos”* (art. 5º, XVII) e a livre locomoção em todo o *“território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”* (Art. 5º, XV).

Assim, não se assegura a inviolabilidade do domicílio *“em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”* (Art. 5º, XI), da mesma maneira que em locais públicos, o direito de reunião é assegurado, contanto que seja realizada *“pacificamente e sem armas”* (Art. 5º, XVI).

A restrição aos direitos individuais acarreta na adversidade referente à viabilidade lógica de instituir tais restrições. Para Friedrich Klein, segundo as leis da lógica, não pode existir restrição a direito individual, mas, tão somente um conceito desta²³.

Assim, resta claro que a ideia de restrição nos direciona à identificação de duas distintas situações: o direito e a restrição.

Se compreendermos que o direito individual e restrição são duas categorias que se distinguem lógica e juridicamente, portanto tratando-se de um direito não limitado, ao impor restrições se torna um direito limitado²⁴.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 41.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 41.

Para tal caso, se adotou a chamada teoria externa, permitindo que entre a ideia de direito individual e a de restrição não requer uma relação, visto que esta seria estipulada com base na necessidade de harmonizar os direitos individuais e bens coletivos.

Com isso, compreende-se que as restrições não atingem o conteúdo do direito, mas sim o seu exercício. Isto porque o direito propriamente dito é *prima facie*, um direito sem limites que a depender do caso concreto, terá seus efeitos limitados pelas restrições.

A partir da necessidade de proteção a diferentes bens jurídicos de cada caso, surgirá a relação entre o direito e a restrição. Como pontua Alexy: “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais”²⁵.

Em contrapartida, as restrições também são normas jurídicas e para que elas tenham a força de limitação a exercício de um direito fundamental, é necessário vincular a compatibilidade com a Constituição.

Compreendendo que as restrições são normas, temos que sendo elas constitucionais, poderão transcorrer por meio de normas com natureza de regras ou com natureza de princípio. O doutrinador Alexy nos explica:

“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 definitivo de igual conteúdo”²⁶

Na hipótese de conflito direto entre princípios, a restrição será praticada por meios judiciais e esta decisão que definir a precedência de um princípio sobre outro, limitando este direito, terá a eficácia de regra.

Assim, para essa corrente, compreendemos que a principal função dos direitos individuais é a sua defesa frente ao Estado, típica situação baseada na teoria liberal dos direitos fundamentais, para a qual toda intervenção estatal deve ser prevista expressamente.

²⁵ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003 P.281.

²⁶ ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003. P.284.

A teoria interna, porém, se diferencia contrariamente, visto que para esta teoria, não há conceituação de direito individual e restrição autonomamente, mas sim elementos interligados numa coisa só.

Deste modo, o limite substitui a ideia de restrição. Basicamente podemos dizer que esta teoria busca superar o caráter liberal e individualista da teoria externa.

Dentro desta teoria, temos que qualquer restrição ao seu conteúdo, disposta pelo Poder Público, tem efeito meramente declaratório e não constitutivo.

Com isso, entre ambas as teorias existem diversas controvérsias, como conceituais, terminológicas e outras. Porém, a solução para o predomínio de uma ou outra teoria, dependerá essencialmente do entendimento acerca dos direitos individuais.

CAPÍTULO 4. PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Compreendemos que o mínimo existencial é a base e a estrutura que envolve a vida humana. É um direito fundamental essencial que não requer lei para sua finalidade, uma vez que é inerente a todo ser humano e esta intimamente relacionado à ideia de justiça social.

Trata-se de um direito referente às necessidades de todos os indivíduos que tem por objetivo garantir as mínimas condições de existência digna, é um direito positivo pois exige a prestação estatal de condições para que sejam aplicados estes direitos.

Os direitos que envolvem o mínimo existencial são aqueles relativos aos direitos sociais, culturais e econômicos previstos na nossa Constituição, tais como o trabalho, vestimenta, salário mínimo, lazer, dentre outros. Portanto, são aqueles direitos de 2ª geração uma vez que possuem caráter programático, dependendo a prestação do Estado em desenvolver programas viáveis para que os direitos alcancem o indivíduo.

Como já dito anteriormente, é impossível prever o surgimento de novos direitos fundamentais. Ocorre que o estado não consegue acompanhar esse crescimento, resultando na falta de recursos para supri-los. É com base nisto que surge a reserva do possível.

A reserva do possível trata-se de uma limitação para a efetiva prestação estatal. Nascida na Alemanha, em 1960, com o julgamento no Tribunal do caso “*Numerus Clausus I*” limitou a quantidade de estudantes que quisessem ingressar em determinados cursos universitários.

A Lei fundamental Alemã, em seu artigo 12, prevê que todo cidadão alemão tem direito à livre escolha da profissão, a partir disto foi julgado que o indivíduo poderia apenas requerer do Estado uma prestação no limite do razoável.

Assim, o Estado passou a prestar atendimento insuficiente e ineficiente à população. Habitualmente podemos ver o Estado medindo esforços para que seja aplicada a nossa Constituição, basta uma simples visita a qualquer hospital público do nosso país para constatar essa dificuldade em viabilizar o mínimo existencial.

Na prática, quando o Estado confronta com um direito fundamental socorrido pelo mínimo existencial, cria-se um alerta para que seja observada a reserva orçamentária, assim, o Estado apenas realiza com o que esta dentro da sua capacidade econômica.

Ressalte-se que nenhuma impossibilidade orçamentária poderá impedir a viabilidade dos direitos fundamentais essenciais, o chamado núcleo essencial. É dever do Estado efetivar os direitos elencados na Constituição Federal e seus princípios, visando à garantia digna da pessoa humana.

Para Luiz Edson Fachin, criador da teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, que considera os parâmetros relevantes a uma vida digna, impossibilitados de ser expropriados ou desapossados. Assim, criou-se as “aspirações elementares do ser humano”, que como exemplo na esfera civil, temos a impenhorabilidade do bem de família, o direito a moradia, dentre outros.

Desta forma, a teoria não possui condão de afrontar a propriedade privada, ou o direito creditício, mas sim retirar o caráter patrimonial das relações privadas jurídicas, readequando às novas proposições do direito civil,

elevando a dignidade do indivíduo ao patamar de maior importância. Neste sentido, Fachin²⁷ explica:

“Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.”

Com esta teoria, a doação universal também é protegida, sendo nula a doação de todos os bens sem que se reserve uma parte para a subsistência do doador. Nas palavras de Fachin²⁸:

“A nulidade da doação universal dos bens sem reserva de usufruto insere-se no quadro de normas que, a despeito do caráter acentuadamente patrimonialista da doutrina civilista consubstanciada no Código Civil de 1916, já tutelavam, de algum modo, topicamente, direitos fundamentais da pessoa. Em razão do Direito Civil clássico fornecer a estrutura e a legitimação para o modelo liberal, fundado nos princípios da propriedade privada, da autonomia privada e da liberdade formal, essas normas de caráter humanitário permaneceram ofuscadas, podendo renascer, reconstruídas dialeticamente, na tensão contemporânea entre o ‘mundo da vida’ e a racionalidade excludente do mercado globalizante”

Ainda que o contexto da teoria proteja o patrimônio mínimo, a conceituação do patrimônio mínimo é variável e relativa conforme a realidade econômica de cada pessoa, também é mensurável e universal, uma vez que é aplicável a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua situação financeira.

Partindo deste pensamento, temos que Fachin expõe a ideia de que toda pessoa humana possui patrimônio, mesmo que negativo, disto sobrevém a universalidade do patrimônio, visto que no Direito Civil, em um de seus mais importantes princípios das obrigações, define que o patrimônio do devedor responderá por suas dívidas.

Em que pese a dignidade da pessoa humana ser garantida por esta teoria, o autor, porém, não considera a realidade do nosso país em que há

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ª Ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag. 232

²⁸ FACHIN, Luiz Édson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pag. 100

inúmeras pessoas que não possuem patrimônio algum, tão pouco considerou o acesso do indivíduo ao patrimônio, garantindo apenas o direito mínimo do patrimônio, com a clássica ideia de universalidade, padecendo de uma realidade ficta, uma vez que o Brasil possui alta taxa de pobreza.

Proteger o mínimo do patrimônio do indivíduo baseado no ordenamento jurídico aponta uma valorização da pessoa humana, da solidariedade em face da função social do Direito, ou seja, o indivíduo detém o mínimo existencial como forma de garantir sua dignidade, forma que o presente trabalho acredita ser uma teoria de suma importância nos dias de hoje.

CAPÍTULO 5. OS LIMITES DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PROPOSTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Analisando-se os direitos individuais, conclui-se que os direitos, liberdades, poderes e garantias podem ser limitados ou restringidos. O direito à vida é o exemplo mais corriqueiro da inexistência de direitos absolutos, de forma ampla e genérica, poderá sofrer restrições constitucionais, sobretudo nos casos de guerra declarada ou nos casos permitidos de aborto. Será exposto, neste sentido, os chamados limites imanentes ou “limites dos limites”.

K. H. Wenicke utilizou esta expressão pela primeira vez nos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental alemã, que corresponde a delimitação ao legislador de suas ações quanto a restrição dos direitos individuais.

Esses limites advêm da própria Constituição e tratam da necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental com base na clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade imposta das restrições²⁹.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. – 4. Ed. rev. e. ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012. Pag. 57

A partir disso ao tratar da relatividade dos direitos fundamentais, não devemos considerar um direito como sendo absoluto, pois ao aceitar essa condição, temos dois “efeitos colaterais”. O primeiro efeito seria o desprezar do direito, uma vez que sempre que este for colidido será aprioristicamente descartado. O segundo efeito seria o de abuso do seu exercício, visto que, como exemplo, ao considerar a presunção absoluta de inocência, permitiria que o réu condenado interpusse diversos recursos com o único propósito de procrastinar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ademais, logo após ter trazido o rol de direitos essenciais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, afirmou que:

“no exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas as limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”³⁰

Podemos limitar os direitos fundamentais de dois modos: internos (imanentes) e externos.

O conceito de “imanente” advém de algo que está contido na natureza de um ser ou de um objeto. Ou seja, está diretamente ligado ao próprio direito.

Para Canotilho³¹, existem duas formas de definir os limites imanentes, estão presentes dentro da própria Constituição derivados de outros direitos fundamentais. Como exemplo, a liberdade de consciência e crença limita-se por outros direitos como a vida, desta forma, não é permitida a prática de sacrifícios humanos decorrentes de cultos religiosos. No mesmo sentido, a liberdade de manifestação de pensamento está limitada por outros direitos como a honra e a intimidade.

Assim para o doutrinador, os limites imanentes são consequências de análises do que está contido na própria constituição, imposta por outros direitos, em razão da ponderação do caso concreto.

³⁰ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 787.

³¹ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 788.

O Supremo Tribunal Federal, como exemplo emblemático, proferiu decisão nos autos do HC 82.424 (caso “Ellwanger”) entendendo que o editor gaúcho Siegfried Ellwanger praticou o crime de racismo em sua obra literária antissemita. Deste modo, o direito a liberdade intelectual e a liberdade de manifestação de pensamento expressa no Art. 5º, inciso IV da Constituição Federal não são absolutos, *“não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal”* (voto do Min. Maurício Corrêa). Ainda, neste mesmo julgamento, o Min. Celso de Mello afirmou que *“aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”*.

Paralelamente, críticas são feitas à posição do mestre português. Os principais questionamentos derivam do pensamento de que não pode haver imanência de um limite que decorre de outros direitos. Para Virgílio Afonso da Silva, citado por Flávio Martins: “não me parece acertado denominar imanente um limite que não surge somente com o caso concreto, como também dele depende³²”.

Já as limitações externas diferentemente da anterior, são impostas aos direitos fundamentais, tanto por outros direitos constitucionais, como por leis infraconstitucionais.

No primeiro caso, um direito fundamental poderá sofrer restrições por meio de outros direitos fundamentais, diferente do primeiro. Aliás, isso é muito comum, de forma que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem, em regra, a forma de princípios, que são normas de conteúdo amplo, ou seja, indeterminado. Assim, a colisão com outros princípios constitucionais torna-se recorrentes. Ainda, o doutrinador Virgílio Afonso da Silva³³:

:

“um princípio compreendido como mandamento de otimização é, prima facie, ilimitado. A própria ideia de mandamento de otimização expressa essa tendência expansiva. Contudo, em face da impossibilidade de existência de direitos absolutos, o conceito de mandamento de otimização já prevê que a realização de um princípio pode ser restringida por princípios colidentes.”

³² Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 788.

³³ OP.cit .Pag.790

Foi o que ocorreu com a decisão do Recurso Extraordinário com Agravo 652.777, proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar da divulgação da remuneração dos servidores públicos em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública. O direito à intimidade dos servidores, previsto no Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, teve sua limitação pelo direito à informação de toda a coletividade, igualmente previsto no Art. 5º, inciso XIV. Para o Ministro Teori Zavascki:

“é o preço que se paga pela opção por uma carreira publica no seio de um Estado Republicano. A prevalência do principio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a Republica enquanto forma de governo.”³⁴

No segundo caso, a restrição fica por meio de regras infraconstitucionais, uma vez que a lei infraconstitucional poderá, desta forma, dentro de determinados limites, restringir os direitos fundamentais. Assim acontece, por exemplo, com a Lei 13.301/2016, que possibilita o “ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono, ausência ou recusa de quem possa permitir o acesso de agente público” em caso de suspeita de foco de mosquito transmissor do vírus da dengue, chikungunya e da zika. Ou seja, trata-se da restrição infraconstitucional a um direito fundamental (direito à inviolabilidade de domicílio, prevista no Art. 5º, XI, CF).

Para isto ocorrer, as leis infraconstitucionais devem obedecer três critérios, para restrição³⁵:

a) não podem ferir o núcleo essencial dos direitos fundamentais: contrariando as Constituições de Portugal de 1976, Alemanha de 1949 e Espanha de 1978, a nossa Constituição não dispõe expressamente sobre a garantia da irredutibilidade do núcleo essencial dos direitos. Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 511.861 afirmou:

“enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o principio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.”

³⁴ Op. Cit..Pag .790

³⁵ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2017.Pag .791

Vale dizer, devemos diferenciar núcleo essencial de cláusulas pétreas. Essas últimas são matérias determinadas pelo poder constituinte originário, não podendo ser suprimidas da Constituição; já o núcleo essencial da se refere a um núcleo intangível, irreduzível, não admitindo qualquer tipo de restrição, ainda que não implícito na *lex mater*. Cada cláusula pétrea possui núcleo essencial. Como exemplo, no artigo 60, §4º, IV, da Constituição, são cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Isso significa que não poderão ser extintos da Constituição, porém, poderão ser restringidos, infraconstitucionalmente. Contudo, essa lei não poderá ferir o núcleo essencial de cada direito fundamental, foi basicamente o que aconteceu com a proibição da prisão civil para o depositário infiel.

- b) devem ser razoáveis;
- c) devem ser proporcionais.

Ao pensarmos na procedimentalização de tal tese, a limitação surge para desenvolver o direito fundamental ou outros direitos fundamentais já anteriormente previstos em casos de colisão. Por certo, a restrição não pode ser de tal modo que, ao invés de dar mais efetividade, diversamente, prejudique o direito fundamental, diminuindo-os ao ponto de tornar o ato do legislador inconstitucional.

Desta forma surgiu a teoria dos limites dos limites (Schraken-Schraken), a partir da necessidade de imposição de limites (com base em determinados parâmetros) para a limitação (restrição) dos direitos fundamentais, com o intuito de dar a real eficácia do direito fundamental dentro de um caso concreto.

5.1 Proporcionalidade

A doutrina reconhece como típica manifestação do excesso de poder legislativo a transgressão do princípio da proporcionalidade ou da proibição de

excesso, que se reflete de forma contraditória, incongruente e irrazoável ou inadequada entre meios e fins.

O princípio da proporcionalidade, para Coelho, citado pelo mestre constitucionalista Pedro Lenza, em essência, consolida uma pauta de natureza axiológica que advém necessariamente do ideal de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores congêneres, precedendo e condicionando a positivação jurídica e constitucional, bem como enquanto princípio geral do direito, ampara a interpretação para todo o ordenamento jurídico.³⁶

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso abrange a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa.

Com a prevalência da Teoria relativa em nosso país, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser encontrado na solução de cada caso concreto, por meio da aplicação destes princípios. Pelas palavras de Gilmar Mendes³⁷:

“ Os sectários da chamada teoria relativa (“relative Theorie”) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (zweck-mittel-prüfung), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. ”

Ainda que não seja expressamente previsto em nossa Constituição, o núcleo essencial foi acolhido como uma garantia constitucional, conforme Mendes³⁸ afirma:

“Embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a ideia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental ”.

³⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza. - 19 ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. Pg.166

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva,2012. Pg.792

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva,2012. Pg.792

A doutrina majoritária entende que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, é necessário questionar não só a admissibilidade constitucional da restrição fixada eventualmente (reserva legal), mas também a compatibilidade das restrições estabelecidas, como o princípio da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, deste modo, decidiu no Habeas Corpus 82.959/SP, relatado pelo Min. Marco Aurélio, que a Lei 8.072/90, ao dispor sobre regime integralmente fechado, restringiu de modo excessivo o núcleo essencial da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). De igual modo, o Recurso Extraordinário 511.961, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, estabeleceu a inconstitucionalidade da exigência de diploma de jornalismo para a prática de atividades jornalísticas, uma vez que *“a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.”*³⁹

Com isso, adverte-se que a restrição infraconstitucional não pode ser de modo excessivo (princípio da proibição do excesso – *ubermassverbot*). A análise sobre o excesso da restrição fica a critério da proporcionalidade, derivado da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que definiu os critérios para apreciação da constitucionalidade da lei que restringe normas constitucionais: adequação, necessidade e proporcionalidade.

Essa orientação permitiu substituir o princípio da reserva legal pelo princípio da reserva legal proporcional⁴⁰, presumindo não apenas a legitimidade dos modos utilizados e dos fins almejados pelo legislador, como também a adequação desses meios para a obtenção dos objetivos pretendidos e a necessidade de utilização.

Através do subprincípio e critério da adequação, também chamado de pertinência ou idoneidade, afere-se a restrição da lei atingindo os objetivos pretendidos (meio que deve ser apto ao fim visado). A Corte Constitucional analisa a inadequação, ou se a utilização resultaria no que foi pretendido;

³⁹ Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 74

Pelo subprincípio da necessidade, deve ser analisada comparativamente a solução legislativa e outras possíveis soluções, com isso, a única forma de alcançar o fim pretendido deve ser pela limitação, uma vez que não existe outro modo menos gravoso. Assim, o meio não será necessário caso o objetivo visado puder ser atingido com a aferição de medida que se revele menos onerosa e adequada. Vale dizer, na prática, a necessidade e adequação não possuem a mesma relevância em juízo de ponderação. Pelos ensinamentos de Mendes⁴¹: “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

A proporcionalidade em sentido estrito, com sua relação custo/benefício, revela que a restrição deverá desenvolver mais do que prejudicar o direito fundamental em questão, verificando a ponderação entre o direito tutelado pela restrição da lei e o direito restrito na norma constitucional. Assumindo o papel de harmonização, esta vertente da proporcionalidade indica a justa solução encontrada ou a necessária revisão da ordem, sendo medida de extrema importância, visto que requer a investigação do ato prático referente aos objetivos pretendidos, superando, assim, a restrição a outros valores constitucionais, devendo-se o intérprete velar pela máxima efetividade sob a mínima restrição.

Finalmente, temos que a lei restritiva necessita também ser razoável. Proveniente da tese norte-americana do devido processo legal substantivo (*substantive due process of Law*), diz-se que deverá ser invalidado, por vício de inconstitucionalmente, o ato do poder público irrazoável. Desta forma, a restrição que não for aplicada de modo razoável, deverá ser inconstitucional.⁴²

Assim, temos o Recurso Extraordinário 414.426, que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

“nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais,

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB) – 4.ed.rev.e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 75

⁴² Martins, Flávio. Curso de direito constitucional/ Flávio Martins. –1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pag. 793

manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão”

Cabe citar importantes dispositivos normativos que expressamente acolhem o princípio da proporcionalidade, os quais, ainda que no plano constitucional não estejam enunciados de modo formal e contundente, encontram esteio no devido processo legal, em sua acepção substantiva⁴³ (art. 5º, LIV):

“Art. 2º, VI, da Lei e. 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VI — adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

O Art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I — ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida¹” (incluído pela Lei n. 11.690/2008).

Art. 282,1 e II, do CPP: ‘ ‘As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I — necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II — adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (redação e inclusões pela Lei n. 12.403/2011).”

Por fim, com finalidade prática, a tese dos limites dos limites (Schrannen-Schrannen), ao lado dos métodos e princípios que orientam a interpretação em sede de jurisdição constitucional, serve de mecanismo útil para aclarar uma zona nebulosa no direito: a colisão entre direitos fundamentais.

Valendo-se, expressamente, da tese dos limites dos limites, o Supremo Tribunal julgou em fevereiro de 2012 a ADC 29 e 30 da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4578, proposta pelo Partido Popular Socialista e proferido pelo Ministro Cezar Peluso.

⁴³ LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza. - 19 ed. rev. Atual. E ampl. — São Paulo: Saraiva, 2015. Pag. 167

Neste ato foi requerida a Declaração de Constitucionalidade das normas previstas na Lei Complementar 135/10 aos casos em que os fatos suscetíveis de enquadramento, tenham ocorrido previamente à edição da lei em comento, que alterou a Lei Complementar 64/90, diploma legal que, com base no art. 14 §9º da Constituição de 1988, estabeleceu hipóteses de inelegibilidades. Cite-se, por sua importância, breve trecho do voto, *in verbis*:

[...] A segunda razão, por seu turno, é a inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa. Como é cediço, as restrições legais aos direitos fundamentais sujeitam-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, em especial, àquilo que, em sede doutrinária, o Min. GILMAR MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 239 e seguintes), denomina de limites dos limites (Schranken-Schranken), que dizem com a preservação do núcleo essencial do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse estudo teve como objetivo analisar as limitações dos direitos fundamentais, elevando ao máximo as finalidades de um Estado Democrático de Direito.

Para melhor compreendermos, foram feitas preliminarmente considerações sobre a sistemática dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de limitar esses direitos, e finalmente o estudo da Teoria dos Limites dos Limites.

No que diz respeito ao conceito de direitos fundamentais, não os restringimos apenas àqueles expressamente positivados, de forma que a compreensão destes se deve a um processo de constitucionalização dos direitos humanos com base ao longo dos anos. Ficou ressaltada a importância dos direitos fundamentais, observando-se que estes não são imutáveis e nem absolutos.

Verificamos que os direitos fundamentais com estrutura de princípios possuem aplicabilidade em maior ou menor grau, com base em cada caso

concreto, cabendo restrições pela colisão com outras normas de direito fundamental ou por outras normas, ainda que infraconstitucionais.

A função de uma constituição em um Estado Democrático de Direito consiste em ser instrumento formal de materialização de direitos, advindos de conquistas de diversos momentos culturais, de modo que a nossa carta magna não pode se restringir apenas a um documento programático, mas sim tem o dever de direcionar e buscar a aplicação e efetivação de direitos nela expostos.

Com isso, a importância jurídica e política da ampla proteção aos Direitos Fundamentais ganha força. Vimos que os direitos fundamentais sofrem com a desenfreada atuação Estatal, atingindo os cidadãos de modo desvantajoso e apresentando-se como uma contradição ao caráter vinculante que as normas fundamentais devem propiciar. Por esta razão, presume-se que a atividade limitadora e restritiva do Estado deve ser, do mesmo modo, uma atividade limitada, mas que proteja tais direitos.

A partir disto percebemos que o princípio da proporcionalidade é um excelente instrumento de soluções oriundos da hermenêutica da nossa Constituição, uma vez que através dele, o julgador pondera acerca da limitação de um direito, abrangendo a efetividade de outro também fundamental. Para demonstrar a aplicação prática da tese estudada, utilizamos o famoso caso Siegfried Ellwanger, - como ficou conhecido após decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.424 –, entendendo-se que o editor praticou crime de racismo em sua obra, uma vez que a liberdade de expressão não deve ser absoluta e, por isso, encontra limitação na dignidade da pessoa, ofendendo coletivamente e individualmente.

Deve-se deixar claro ainda, que a premissa inicial que vem dando ensejo à ideia, é a utilização prática banalizada dos princípios, direitos e garantias fundamentais. Nesse interím, não coaduna-se com a verdadeira intenção do constituinte originário, utilizar-se de todo e qualquer caso prático com o escopo, ou melhor, com a escusa de estar sempre protegido por indetermináveis direitos fundamentais, que teoricamente, subsumem-se em qualquer caso prático.

Dessa forma, a sequência lógica desse trabalho é de que os direitos fundamentais, ainda que absolutos individualmente, devem ser sopesados quando em confronto com outros Direitos fundamentais de idênticos graus,

retirados sob um prisma jusnatural de propriedade privada, inerente a qualquer ser humano. Diante disso, os direitos fundamentais devem ser analisados e ponderados em confronto com o caso concreto, balizado sob o princípio implícito da proporcionalidade, seja em seu sentido de adequação (capacidade de atingir os objetivos pretendidos), de necessidade, ou proporcionalidade em sentido estrito (proibição do excesso), fazendo com que os direitos fundamentais e mesmo suas restrições sejam limitados, para que o verdadeiro sentido de utilização dos direitos fundamentais seja alcançado, não deixando a Constituição apenas como mero objeto formal de pouca utilidade prática, mas sim como um importante instrumento de concretização de princípios naturais e de garantias essenciais para a sobrevivência em sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003

Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>> Acesso em 15/05/2018

Consultor jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>> Acesso em 10/05/2018

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes. –9. Ed.rev., ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

FLAVIO, Martins. Curso de direito Constitucional/ Flavio Martins. – 1.ed.—São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LENZA. Pedro. Direito Constitucional esquematizado/ Pedro Lenza. - 19 ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)/ Gilmar Ferreira Mendes.- 4.ed. rev. e. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco. – 10. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais / Rodrigo César Rebello Pinho. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas ; v. 17)

SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atu al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012 .

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.