

Direitos e Garantias Fundamentais e a Teoria dos Limites dos Limites

Renata Martins Sena

Advogada

Pós-graduada em Direito Constitucional

1- Considerações iniciais

A dificuldade da doutrina em apresentar um conceito dos direitos e garantias fundamentais está na diversidade de momentos históricos que relatam a predominância de diferentes concepções do que seja fundamental ao homem. No entanto, pode-se afirmar que todos esses direitos estão vinculados ao desenvolvimento do princípio da dignidade humana. Assim, atribuem proteção à pessoa nos aspectos ligados à vida, igualdade, liberdade, participação política e social.

Nesta linha, ensina José Afonso da Silva que tais direitos são “no nível do direito positivo aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”¹

O exercício dos direitos e garantias fundamentais pode criar, em certos casos, conflito com outros direitos assegurados pela Constituição. Neste sentido, faz-se imprescindível a definição clara e precisa das limitações a esses direitos.

2 – Dimensão subjetiva e objetiva

A análise das dimensões dos direitos fundamentais apresenta importância na medida em que se pretende compreender tais direitos como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais inseridos em uma comunidade.

¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. P. 178

Pela dimensão subjetiva, o indivíduo pode pretender do Poder Público ou até mesmo do particular uma ação ou omissão que reflita em relação jurídica da qual participa, configura o direito público do cidadão. Segundo Gilmar Mendes: “Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.”²

Quanto à dimensão objetiva, os direitos fundamentais passam a ser reflexos dos valores da sociedade positivados na Constituição. Nesse sentido:

“Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático.” (MENDES, 2008, p. 266).

Registra-se a lição de Ingo Sarlet:

“A descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.”³

Como constituem a base do ordenamento jurídico, os direitos e garantias

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 266.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 177.

fundamentais passam a assumir uma eficácia irradiante, formando uma correia de interligação com todos os direitos inseridos na ordem vigente. Tornam-se diretrizes para a aplicação e interpretação das normas jurídicas. Há, assim, uma filtragem constitucional: qualquer norma somente estará em conformidade com a Constituição se passar por este filtro.

Decorre também da dimensão objetiva, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual tais direitos deixam de ser de observância obrigatória apenas pelo poder estatal, passando a incidir nas relações privadas. Neste sentido, reconhece o Supremo Tribunal Federal, a repercussão dos direitos fundamentais no âmbito privado, determinando que associação sem fins lucrativos observasse direito ao contraditório e ampla defesa no procedimento de exclusão de associado:

“EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido

processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio.” RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO. Julgamento: 11/10/2005 .

3 – Perspectiva da proteção

A proteção, inerente aos direitos fundamentais, decorre do seu profundo grau de normatividade e da sua aplicação imediata. Assim, os titulares de direitos e garantias individuais podem exigir do Poder Público prestações positivas a fim de conferir efetividade a tais direitos. O Estado deve assumir a posição de garantidor e protetor do conjunto dos direitos fundamentais. Isto importa não somente a obrigação estatal de implementar condições positivas ao exercício dos direitos, mas também a não ingerência do Poder Público no espaço de autodeterminação do indivíduo.

Segundo Canotilho, há “o dever do Estado de adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.”⁴

Pode-se afirmar que a proteção aos direitos fundamentais se expressa em dois sentidos. Um deles consubstancia-se na proteção jurídica, que exige do Estado a edição de normas capazes de assegurar, nas relações jurídico-civis, a observância dos direitos fundamentais. Desta feita, o art. 5º, XLIII, da Constituição deve ser efetivado por meio de lei que proteja a sociedade do tráfico ilícito de entorpecentes. O segundo sentido refere-se à proteção material, pela qual o Estado busca garantir, através de políticas sociais, a inserção do indivíduo em um manto protetivo da vida, integridade física, liberdade e igualdade, como determinam, por exemplo, os art. 6º e 7º, da CR.

4 – Restrições constitucionais/ legais

Na medida em que o legislador constituinte impõe a proteção desses direitos, questiona-se sobre a possibilidade da restrição dos mesmos e qual o âmbito dessa limitação. Assim, responde a própria Constituição, afirmativamente à restrição dos

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 409.

direitos e garantias fundamentais: art. 5º, XII (restrição ao sigilo telefônico), XIII (restrição ao exercício do trabalho, ofício ou profissão), XV (restrição ao direito de locomoção no território nacional), dentre outros.

A lei infraconstitucional também pode ser utilizada para promover restrições aos direitos fundamentais quando retiram seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna ou para preservar um outro direito constitucionalmente assegurado.

O cerne da questão, no entanto, cinge-se aos moldes desta restrição, em cujo contexto insere-se a teoria dos limites dos limites, de origem alemã. Os direitos fundamentais podem ser limitados tanto por determinação expressa da Constituição, quanto por lei ordinária com fundamento imediato naquela, porém tais restrições são limitadas.

5 – A Teoria dos Limites dos Limites

Frente à possibilidade da lei restringir direitos e garantias fundamentais, exige-se a imposição de determinados requisitos limitadores, a saber:

- 1) observância do núcleo essencial;
- 2) restrição genérica e abstrata;
- 3) submissão ao princípio da proporcionalidade.

5.1 – Núcleo essencial

Informa, a teoria dos limites dos limites, que a restrição à intervenção do direito fundamental somente é válida se respeitar um núcleo mínimo, inarredável, previsto expressa ou implicitamente (como é o caso da Constituição brasileira, art. 60, § 4º, IV) na Carta Magna.

De acordo com as lições do Ministro Gilmar Mendes, ao citar Konrad Hesse, “(...) a proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou

desproporcionais.” (MENDES, 2008. P. 316).

O núcleo essencial apresenta-se como o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de criar grave situação inconstitucional. Desta forma, as limitações aos direitos fundamentais encontram sua constitucionalidade na preservação do núcleo essencial.

A doutrina controverte sobre a proteção do núcleo essencial, apontando duas correntes relativas a seu objeto, uma no sentido de caracterizar esse núcleo mínimo como fixo, separando os direitos insuscetíveis de limitação daqueles que podem ser restringidos, conhecida como teoria absoluta. Segundo esta, o conteúdo do direito não se altera com as peculiaridades da situação concreta. Por outro lado, parte da doutrina adota a teoria relativa, entendendo que o núcleo deve ser aferido no caso concreto, no contexto específico.

De qualquer forma, adotando-se uma ou outra teoria, pode-se afirmar que o núcleo essencial implica em uma limitação que o legislador não pode ultrapassar, cercando o espaço que a lei não pode adentrar, sob pena de ser declarada inconstitucional. Neste sentido, o controle de constitucionalidade também garante ampla proteção aos direitos fundamentais.

O julgamento do HC 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, marca a contemplação do núcleo essencial, assegurando a proteção ao direito fundamental da individualização da pena:

“A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nota Maria Lúcia Karam, com a vedação da progressividade em sua execução, **atinge o próprio núcleo do princípio individualizador**, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante.”⁵

5 Supremo Tribunal Federal. HC 82959/ SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 23/02/2006.

5.2 – Restrição genérica e abstrata

A teoria dos limites dos limites impõe, ainda, que a restrição deve ser e abstrata. Nestes termos, a lei que venha a limitar o direito fundamental não pode ser casuística, discriminatória, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade material e da segurança jurídica. Do mesmo modo, a interpretação das normas que venham dispor de restrições a esse direito deve ser feita de forma a evitar contradições com a Constituição.

A ingerência no âmbito dos direitos fundamentais a pessoas determinadas, atingindo-as individual e concretamente afronta os postulados básicos do Estado Democrático de Direito, que veda o tratamento desigual e arbitrário no sentido de prejudicar ou beneficiar tais pessoas.

Para Canotilho: “(...) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação, expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação.” (CANOTILHO, 2003, P. 614).

5.3 – O princípio da proporcionalidade

Quanto ao princípio da proporcionalidade, também apresenta-se como parâmetro para a restrição aos direitos e garantias fundamentais. Exige que toda a intervenção na esfera de tais direitos seja feita de forma a observar os seguintes subprincípios:

a) adequação: é a análise dos meios para atingir aos fins visados, ou seja, a restrição é possível se for suficiente para alcançar o pretendido;

b) necessidade: consubstancia-se na *ultima ratio*, isto é, na inexistência de meio menos gravoso, sendo imprescindível a limitação ao direito fundamental;

c) proporcionalidade em sentido estrito: revela a ponderação na relação custo-

benefício, verificando se a limitação é capaz de produzir algum bônus.

A norma restritiva de direito fundamental somente será válida se observar todos esses postulados exigidos pela teoria dos limites dos limites, de modo que

6 – Conclusão

Os direitos fundamentais desempenham relevante função em nosso ordenamento jurídico, limitando e legitimando a ação tanto do Estado como dos próprios particulares entre si.

Tendo em vista que nenhum direito deve ser considerado absoluto, é possível a restrição aos direitos e garantias fundamentais, por meio da Constituição ou lei infraconstitucional. Mas para tanto necessário se faz atender a todos os desdobramentos da teoria dos limites dos limites, que se materializa em obstáculos à atuação do legislador na restrição desses direitos, garantindo o efetivo exercício dos direitos fundamentais que fortalecem o Estado Democrático de Direito.

Bibliografia:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.