

Sumário

1 Direitos fundamentais: conceito e definição terminológica. 2 Restrições aos direitos fundamentais. 3 Tipos de restrições aos direitos fundamentais. 4 Limites das restrições aos direitos fundamentais. 5 Alguns casos concretos. 6 Conclusões. 7 Referências.

Resumo

Trata o presente estudo das restrições aos direitos fundamentais, reconhecendo-se a limitação destes, principalmente quando a ordem constitucional impõe restrições direta, indireta ou tacitamente, ou ainda, quando em casos concretos, o judiciário é chamado a harmonizar direitos fundamentais sopesando direitos em confronto, de forma a minimizar a restrição a qualquer um deles. Abordam-se os limites das restrições aos direitos fundamentais, trazendo-se exemplos de alguns casos concretos para melhor entendimento.

Recebimento do artigo: 10/12/2007

Aprovado em: 31/01/2008

Sandra Regina Pavani Foglia

São Paulo, SP, Brasil

sandrareginaadv@ig.com.br

Advogada, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito - EPD. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito - EPD. Mestranda em Direito no UNIFIEO. Pesquisadora no UNIFIEO, Projeto de Pesquisa “Cidadania e Direitos Fundamentais” do Programa de Mestrado, área de concentração “Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Fundamentais”.

Adriana Zawada Melo (Orientadora)

São Paulo, SP, Brasil

azawada@terra.com.br

Doutora em Direito do Estado pela USP. Professora do Mestrado do UNIFIEO e Procuradora da República.

Abstract

The purpose of this study is to analyse the restrictions of the fundamental rights, even though those limitations that are recognized by the Brazilian Constitution, when the Constitutional Law imposes the restrictions directly, indirectly or even in a tacit way. There are some real situations which must be solved by the juridical system, and from this view, the judge should provide the harmonization of the fundamental rights in order to minimize the restrictions for any one of them. It becomes necessary to make an approach about the boundaries of these restrictions, for this reason this work shows some real cases for a better understanding.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Restrições. Tipos de Restrições. Limites.

Key words

Fundamental Rights. Restrictions. Types of restrictions. Limits.

1 Direitos fundamentais: conceito e definição terminológica

Verifica-se em nossa Constituição uma diversidade semântica, ao tratar de direitos fundamentais: ora encontram-se expressões como direitos humanos, a exemplo do inciso II, artigo 4º; ora direitos e garantias fundamentais, parágrafo 1º do artigo 5º. Neste mesmo artigo, inciso LXXI, a expressão direitos e liberdades constitucionais, e no inciso IV, parágrafo 4º do artigo 60, direitos e garantias individuais.

A doutrina e o direito positivo internacional usam as expressões direitos do homem, direitos humanos, direitos individuais, liberdades individuais e direitos humanos fundamentais.

No entendimento de Norberto Bobbio, a problematização apontada seria itinerário de desenvolvimento dos direitos humanos, pois nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos, para finalmente encontrarem plena realização como direitos positivos universais¹.

Na esteira desse entendimento, direitos do homem seriam aqueles direitos naturais ainda não positivados, possuindo conotação marcadamente jusnaturalista por mera condição humana de direitos não positivados. Quanto aos direitos humanos seriam aqueles positivados na esfera do direito internacional, preservando relação com posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que aspiram à validade universal. E direitos fundamentais seriam os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

José Afonso da Silva, inspirado em Pérez Luño, adota a expressão direitos fundamentais do homem, pois entende que esta

(...) refere-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 37-42.

todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significam direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.²

Paulo Bonavides considera aceitável a utilização das expressões direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimas, mas afirma que razões didáticas exigem que a expressão direitos humanos seja adotada, quando o assunto versar sobre direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou positivação nos ordenamentos, e a expressão direitos fundamentais quando esses direitos estiverem normatizados.³

Alexandre de Moraes prefere a expressão direitos humanos fundamentais, considerando-a como

(...) o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.⁴

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados. Distingue o autor as expressões direitos humanos de direitos fundamentais a partir do critério de seu plano de positivação, optando em sua obra pela utilização da segunda expressão⁵. Sobre a distinção terminológica aduz:

(...) o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁶

² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 182.

³ BONAVIDES, Paulo. Os direitos humanos e a democracia. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p. 16.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-42.

⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 35; 36.

302 2 Restrições aos direitos fundamentais

Decorre do princípio da igualdade formal o caráter não absoluto e tampouco intocável dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, reconhecem-se validamente as restrições a esses direitos.

Essas restrições permitem o exercício de direitos fundamentais colidentes que decorrem da convivência social e objetivam, também, preservar bem jurídico coletivo ou estatal assegurado por normas constitucionais e possibilitando a materialização harmônica dos direitos fundamentais.

A exemplo, anote-se a inviolabilidade de correspondência assegurada no inciso XII do artigo 5º da Constituição; há previsão de restrição temporária e excepcional na alínea “b”, do inciso I, do parágrafo 1º do artigo 136 e do inciso III do artigo 139 da Constituição, precisamente nas hipóteses de Estado de Defesa e Estado de Sítio.

Também, a exemplo, o judiciário instado a se manifestar sobre a greve de servidores públicos, direito assegurado no inciso VII do artigo 37 da Constituição, deverá agir com ponderação, sopesando as necessidades coletivas e adequando os bens em conflito, de forma a possibilitar o exercício do referido direito.

Não há em nossa Constituição diretrizes expressas quanto ao procedimento de restrições dos direitos fundamentais, todavia, a construção doutrinária identificou limites através do princípio da legalidade, da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade fundado no princípio do devido processo legal substancial e no princípio da igualdade.

3 Tipos de restrições aos direitos fundamentais

Canotilho propõe metodologia para comprovar a validade de restrição a direitos fundamentais, sugerindo como premissa respostas às seguintes questões em hipóteses concretas: trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagradora de direito fundamental? A Constituição autoriza a restrição? A restrição tem como finalidade salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? A lei restritiva cumpriu os requisitos prescritos expressamente pela Constituição.⁷

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 602.

Deste ponto originaram-se três vertentes principais de limitações dos direitos fundamentais, a saber:

- **restrições diretamente constitucionais:** aquelas impostas pelo próprio texto constitucional, a exemplo do artigo 5º, inciso XI, quando permite em casos de flagrante delito ou desastre, a violação do direito de inviolabilidade de domicílio; o inciso IV do mesmo artigo que declara livre a manifestação do pensamento vedando o anonimato; o inciso XVII que, ao tratar da liberdade de associação para fins lícitos, veda o caráter paramilitar.
- **restrições indiretamente constitucionais:** aquelas que não encontram previsão no texto constitucional quando esse trata do direito fundamental, sendo autorizada a restrição pelo legislador constituinte ao legislador infraconstitucional; são exemplos: artigo 5º, incisos XIII, as qualificações profissionais para o exercício livre de trabalho, ofício ou profissão devem ser estabelecidas por lei; o inciso LX, para salvaguardar a intimidade ou o interesse social poderá ser restringida à publicidade dos atos processuais.

A competência do legislador ordinário para restrição aos direitos fundamentais ocorre de duas formas: reserva de lei restritiva simples, quando a Constituição não determina requisitos ou qualificações para a lei, a exemplo do artigo 5º, inciso XV, assegurando a liberdade de qualquer pessoa de locomoção em tempos de paz, entrando, saindo ou permanecendo no território nacional nos termos da lei; e reserva de lei restritiva qualificada, quando a Constituição fixa requisitos objetivos, limitando a discricionariedade do legislador ordinário; são exemplos: os incisos XII e XXIV do artigo 5º – o primeiro restringe a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, nas hipóteses de investigação criminal ou de instrução processual penal; o segundo trata da desapropriação.

- **restrições tácitas constitucionais:** na hipótese concreta de conflito entre direitos fundamentais, as normas constitucionais permitem que o legislativo ou o judiciário imponham restrições objetivando resolver o caso concreto de forma harmônica com o mínimo de prejuízo a qualquer dos direitos envolvidos. Como exemplo, a colisão entre liberdade de expressão e informação e o direito à privacidade.

4 Limites das restrições aos direitos fundamentais

Anotadas as possíveis restrições aos direitos fundamentais, este tópico tratará da limitação das restrições aos direitos fundamentais, uma vez que a lei restritiva não poderá descaracterizar ou aniquilar o direito fundamental.

Nossa doutrina elenca alguns critérios racionais que devem ser observados para evitar arbitrariedades como a máxima da proporcionalidade e o núcleo essencial, dentre outros, observando limites formais e materiais de validade.

Quanto aos limites materiais das restrições, depende de um juízo de ponderação, do princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso, de forma que qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser adequada, necessária ou exigível, e proporcional ou revestida de justa medida, que são os denominados requisitos intrínsecos ou máximas parciais da regra da proporcionalidade.

A primeira máxima parcial da proporcionalidade, a adequação ou a conformidade, sugerem constatar se determinada medida representa o meio correto para alcançar o fim almejado, baseado no interesse público, e pressupondo a investigação da harmonia do ato do poder público com os fins adotados em sua execução. Chade Rezek Neto afirma:

Esta adequação dos meios aos fins traduz-se em exigência para que qualquer medida restritiva deva ser idônea em relação ao fim desejado, pois, se assim ela não se apresentar, deverá ser considerada inconstitucional.⁸

A segunda necessidade, exigibilidade ou máxima do meio mais suave preconiza que a medida restritiva utilizada não possa ser substituída por outra menos gravosa. Para maior operacionalidade prática, a doutrina acrescenta algumas recomendações, conforme Chade Rezek Neto elenca, anotando diretriz de Canotilho:

- a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais;
- b) a exigibilidade espacial que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção;
- c) a exigibilidade temporal que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo, na medida coactiva do poder público;
- d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou às pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.⁹

A terceira e última (a ponderação, ou máxima do sopesamento, ou proporcionalidade em sentido estrito) deve verificar, mesmo sendo constatadas as anteriores, se o resultado obtido com a intervenção é proporcional a sua carga

⁸ REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 38.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *apud* REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004

coativa. Necessário, destarte, constatar a possibilidade de inconstitucionalidade da lei com objetivo de garantir determinado direito já protegido constitucionalmente. Suzana Barros ensina:

A proporcionalidade em sentido estrito é princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser indeferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de que edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo, dando margem à tese, defendida por muitos, de que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de se separar, de se medir e de comparar valores e interesses em conflito.¹⁰

Suzana de Toledo Barros aduz que o princípio da proporcionalidade é corolário da exigência de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, impedindo o completo aniquilamento de outro direito protegido.¹¹

Assim a aplicação da técnica da proporcionalidade, quer no procedimento prévio de edições de normas restritivas, quer em sede de controle de constitucionalidade, objetiva a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais, definindo-se esse núcleo a partir de duas questões, uma relativa ao objeto, e outra ao valor.

Dois são as teorias que tratam do objeto do núcleo essencial: a teoria subjetiva ou absoluta e a teoria objetiva ou relativa, consideradas pela doutrina compatíveis entre si.

Para a primeira, teoria subjetiva ou absoluta, o núcleo essencial de um direito é sua essência intocável, é seu conteúdo mínimo, insuscetível de violação; se afetada a essência desse direito, este deixaria de existir realmente.

Já a segunda teoria, objetiva ou relativa, entende que poderá ocorrer restrição em casos concretos apenas quando imprescindível à efetivação de direitos ou de valores superiores, na medida dessa indispensabilidade, respeitada a proporcionalidade da limitação.

O valor do núcleo essencial é a segunda questão a ser estudada, sendo tratada por duas teorias, a absoluta e a relativa.

Para a teoria absoluta o núcleo essencial consistiria em núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato. A teoria relativa reconduziria o núcleo

¹⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 85; 86.

¹¹ *Op. cit.*, p. 54.

essencial ao atendimento da máxima da proporcionalidade. Ou seja, a restrição seria legítima apenas se houvesse exigência de realização de outro direito ou bem protegido pela Constituição e somente na proporção que essa exigência imponha ao direito fundamental.

Inobstante às limitações apontadas neste estudo, as leis restritivas não podem ser específicas, e devem, ao revés, possuir caráter geral e abstrato, sendo vedado qualquer ato normativo que condicione o exercício de direitos a pessoas determinadas ou determináveis.

5 Alguns casos concretos

Merece nota a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.969-4, Distrito Federal, julgada pelo Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno em 28 de junho de 2007, proposta pelo Partido dos Trabalhadores, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, e a Central Única dos Trabalhadores, onde se objetivou a declaração de inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.089, de 15 de março de 1999, que “disciplina as manifestações públicas em locais que menciona.”

O referido Decreto vedava a realização de manifestações públicas, com utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti e vias adjacentes, com o propósito de disciplinar o exercício do direito assegurado no artigo 5º, inciso XVI, qual seja, o direito à reunião, de forma a não causar incômodos à população em geral, em especial àqueles que se encontram exercendo atividade laboral.

O Ministro Ricardo Lewandowski fez constar de seu relatório que a liberdade de reunião para fins lícitos é uma das mais importantes conquistas da civilização, lembrando sua contemplação pela primeira vez no direito positivo no artigo 16, da Declaração de Direitos, de 1776, do recém-criado Estado da Pensilvânia, bem como da incorporação dessa importante liberdade pública ao direito constitucional na Constituição Francesa de 1791, constando, a partir de então, de praticamente todos os textos constitucionais dos Estados Modernos, bem como das declarações e pactos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio fundamentou a concessão de liminar neste caso assentando que

(...) o direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação de pensamento.

Consta do relatório, também, que o texto constitucional impõe limites e condições à garantia da liberdade de reunião no próprio inciso XVI, a saber, reunir-se pacificamente, sem armas, que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local e o prévio aviso à autoridade competente; o fato de não ser um direito absoluto; e ainda a metodologia de Canotilho anotada neste estudo anteriormente.

Após análise acurada, com fundamentos históricos e jurídicos, a ação foi julgada procedente, declarando a inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a medida restritiva ao direito fundamental não foi aferida no contexto de uma relação meio-fim, sendo as limitações inadequadas, desnecessárias e desproporcionais, inclusive, conforme voto do Ministro Gilmar Mendes.

Finaliza-se esta anotação com o pronunciamento inicial do Ministro Sepúlveda Pertence:

Daí a rombuda inconstitucionalidade – que não tenho cerimônia de proclamar de logo neste juízo liminar – de um decreto que na cidade moderna – e numa das cidades de maiores espaços urbanos do mundo – com vistas a uma praça projetada na esperança de que um dia o povo a enchesse, a reunião fosse permitida, desde, porém, que silenciosa.

Outros julgados que merecem nota tratam do direito de greve dos servidores públicos, assegurado no artigo 37, inciso VII, da Constituição, o qual determina que os limites serão definidos em lei. Ao enfrentar casos concretos, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pelo respeito à separação dos poderes, entendendo que se deva aguardar a edição de lei complementar que definirá os termos e limites do exercício do direito de greve no serviço público, bem como por não ser o artigo mencionado norma auto-aplicável, a exemplo do Mandado de Injunção nº 20/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello.

6 Conclusões

Inobstante a carga valorativa inigualável dos direitos fundamentais, há que se reconhecer não serem ilimitados, nem absolutos ou intangíveis, principalmente quando a ordem constitucional impõe restrições a esses direitos fundamentais, ou até mesmo, quando em confronto com outro direito fundamental, devem ser harmonizados para a materialização de ambos, e, ainda, restringem-se direitos fundamentais, se o exercício desses expuser bens coletivos a qualquer risco.

Nessa esteira, são analisadas as restrições direta e indiretamente constitucionais, bem como as tácitas. As limitações às restrições aos direitos fundamentais abordadas sugerem o emprego do princípio da proporcionalidade, impedindo que o legislador ordinário, quando determinado pela ordem constitucional, exacerbe seus limites de atuação impedindo, restringindo ou ferindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

E, por fim, mesmo que de forma sucinta, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional controla as limitações das restrições aos direitos fundamentais, examinando casos concretos, empregando o princípio da proporcionalidade para solucionar eventuais conflitos e harmonizar direitos fundamentais.

7 Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os direitos humanos e a democracia. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.