

**PUC-SP**

Prof. Renato Rua Almeida

Aluno: Gabriel Lopes Coutinho Filho

Limites aos limites dos direitos fundamentais

Idéia central do tema:

O conjunto de direitos fundamentais no estado democrático de direito enfrenta um dilema:

-possuem expressão constitucional e principiológica que os definem seus objetivos e,  
-sofrem, ao mesmo tempo, de ingerências quanto à sua eficácia pelos poderes constituídos, ou seja, Legislativo, Executivo e mesmo o Judiciário.

Esses poderes constituídos se baseam na “postura reverencial ao Poder Legislativo” como técnica de impedir o alcance da eficácia plena dos direitos fundamentais.

A crítica que se faz a essa técnica é a noção de segurança jurídica, que será objeto de exame mais adiante.

Em síntese, a justificativa é que em nome da questão legislativa, especialmente a segurança jurídica, deveria haver limitações aos limites dos direitos fundamentais.

A premissa é que os direitos fundamentais se expandem constantemente (“força expansiva”, in Júlio Amaral, fls.90) e as normas de restrição forçam alguma “estabilidade”.

Uma técnica primeira é a aplicação do Princípio do não retrocesso. principle Du «*cliquet anti-retour*» (ou «proibição de retrocesso»)

José Gomes Canotilho (1998, p. 321 e 2001, p. 81)  
que define o princípio da proibição de retrocesso social como:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e

simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.

Na CF/88, está no art.2º, §2º.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em favor da eficácia dos direitos fundamentais a doutrina e jurisprudências alemãs construíram instrumentos (técnicas) de resistência a essa limitação.

A noção central do instrumento concebido é que só é justificada a limitação a direitos fundamentais desde que guarde compatibilidade formal e material com os preceitos constitucionais.

Alexy diz que “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição (fls.281, Teoria) Alexy se refere a normas de competência (ao governante) e a normas mandatórias ou proibitivas (aos cidadãos).

A formalidade é concedida pela análise topológica da Constituição, como norma ápice, expressão do Poder Constituinte, ao qual toda estrutura normativa deve coerência e vinculação.

A materialidade é concedida pela idéia de extrapolação formal (não restrição regulamentar), pois a constituição é veículo de “uma ordem de princípios substanciais”, cujo fundamento é a dignidade humana e a proteção aos seus direitos fundamentais inerentes.

Portanto a questão deixa de ser a mera ausência de previsão formal constitucional para enfrentar o tema de compatibilização de qualquer comando principiológico nas hipóteses de sua aplicação efetiva. Ou seja, como controlar essas compatibilidades ou incompatibilidades.

A primeira ordem de questão que se coloca, no plano formal, é a procedimentalidade estatal, incluindo a competência e o procedimento produtor de regras estatais.

No plano material, a questão se desdobra em três elementos:

1. Proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais
2. Observação dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade
3. Observação do princípio do não retrocesso (proibição do retrocesso).

Portanto, a técnica de limites aos limites na verdade é técnica de barreira às restrições que não tenham como objetivo a proteção dos direitos fundamentais. Essa técnica é chamada de princípio da proporcionalidade, que tem caráter vinculante para os Poderes da República e que vai, em síntese, examinar a relação entre meios e fins da restrição pretendida, com critérios específicos.

### **Tipos de salvaguardas constitucionais**

Brasil – Não possui expressamente na CF.

Alemanha

Lei Fundamental Alemã de 1949

#### Artigo 19 [A restrição dos direitos fundamentais]

(1) Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears.

*(1) Na medida em que, nos termos desta Lei Fundamental, um direito fundamental pode ser restringido por uma ou por força de lei, essa lei tem aplicação geral e não apenas para um único caso. Além disso, a lei deve especificar o direito fundamental afetado e o artigo em que ele aparece.*

(2) In no case may the essence of a basic right be affected.

*(2) Em nenhum caso a essência de um direito fundamental do ser afetado.*

(3) The basic rights shall also apply to domestic artificial persons to the extent that the nature of such rights permits.

*(3) Os direitos fundamentais são igualmente aplicáveis às pessoas jurídicas nacionais, na medida em que a natureza das autorizações de tais direitos.*

(4) Should any person's rights be violated by public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by this paragraph.

*(4) Se os direitos de qualquer pessoa ser violado por autoridade pública, ele pode recorrer aos tribunais. Se nenhuma outra jurisdição tiver sido estabelecida, será o recurso aos tribunais comuns. A segunda frase do parágrafo (2) do artigo 10 não serão afetados por esse número.*

Article 10 [Privacy of correspondence, posts and telecommunications]

*Artigo 10<sup>o</sup> [privacidade de correspondência, correios e telecomunicações]*

(1) The privacy of correspondence, posts and telecommunications shall be inviolable.

*(1) O sigilo da correspondência, correios e telecomunicações são invioláveis.*

(2) Restrictions may be ordered only pursuant to a law. If the restriction serves to protect the free democratic basic order or the existence or security of the Federation or of a Land, the law may provide that the person affected shall not be informed of the restriction and that recourse to the courts shall be replaced by a review of the case by agencies and auxiliary agencies appointed by the legislature

*(2) Restrições só pode ser ordenada por força de uma lei.. Se a restrição visa proteger a ordem democrática básica gratuita ou a existência ou a segurança da Federação ou de um Land, a lei pode prever que a pessoa afetada não deve ser informado da restrição e que o recurso aos tribunais é substituída por uma revisão do caso por agências e órgãos auxiliares nomeados pelo legislador.*

**CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA de 1974**  
VII Revisão Constitucional 2005

## Artigo 18.º

### Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

## **CONSTITUIÇÃO ARGENTINA**

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe” (art. 19).

## **ONU**

**Assembléia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981 - Resolução 36/55 Julho 5, 2009**

Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções

### Artigo 1º

§3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

## **Brasil**

Apesar de não haver expressão explícita do princípio de limites aos limites dos direitos fundamentais, a doutrina e a jurisprudência

observam a noção de proporcionalidade e razoabilidade e a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

### **Princípios de Proporcionalidade e razoabilidade**

Princípio da proporcionalidade: caráter de dupla função.

- proibição do excesso
- proibição da insuficiência.

As idéias de proporcionalidade e razoabilidade estão ligadas ao ideal de equidade e justiça.

V. Aristóteles, e *Ética a Nicômano*: Maria Inês Alves da Cunha, fls.25.

Nem toda idéia de proporção diz respeito à ao princípio de proporcionalidade em sentido técnico-jurídico do direito publico alemão.

A noção clássica de proporcionalidade está ligada à noção de equidade como concepção filosófica de justiça e de correção da aplicação da lei no caso concreto, enquanto do ponto de vista contemporâneo, a proporcionalidade está ligada ao sentido mais político no que diz respeito à restrição de legislar, restrição ao poder de administrar, proibição do excesso e da insuficiência, postulado normativo aplicado á regra

Pela noção germânica do princípio da proporcionalidade, a CF/1988 trata a questão a partir da leitura do art.1º, ressaltando o próprio estado democrático de direito.

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I - a soberania;*

*II - a cidadania;*

*III - a dignidade da pessoa humana;*

*IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*V - o pluralismo político.*

*Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

Os preceitos do art.1º vedam o arbítrio (todo poder emana do povo..)

Pela noção americana de proporcionalidade, mais voltada ao “equity”, a proporcionalidade está indicada no art.5º, LIV, direito ao devido processo legal substantivo (juiz imparcial, leis e procedimentos pré-definidos, amplo direito de defesa e garantia de contraditório)

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

### **Legislação infraconstitucional do Brasil**

Lei nº 9784/1999 Processo administrativo

*Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Como princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade são, em verdade, metanormas, aplicáveis a todos os ramos jurídicos.

Na tese de Martín Perius Haerberlin, defendida em 2006 na PUC RS com participação na banca do Dr. Ingo Sarlet, indica:

2.3.1. O tratamento da proporcionalidade como postulado normativo aplicativo peca por quatro razões: a) o termo postulado possui significado próprio em filosofia e em ciência em geral, significando algo fora do domínio da experiência que pode ser aceito, mas não demonstrado, e que é dado como condicionante de um sistema. A proporcionalidade não recepciona tal significado porque a proporcionalidade sem demonstração (justificação) carece de sentido; b) o termo postulado designa a impossibilidade de prescrever um comportamento. A proporcionalidade não recepciona tal significado porque sua função precípua é prescrever ao intérprete o comportamento de adotar a melhor interpretação para o caso concreto; c) a característica normativa da proporcionalidade pode ter dois significados, ou ser juridicizável, ou opor-se ao pragmatismo. A proporcionalidade é metanomológica e, portanto, não-juridicizável, e o pragmatismo é sua condição de possibilidade; d) a característica de postulado refere-se a ela ser formal, ou seja, algo que faz relação entre razões substanciais, dependendo destas razões substanciais. A proporcionalidade, enquanto depende de razões substanciais, não pode ser considerada formal e a relação entre razões substanciais da proporcionalidade dá-se exatamente para se conseguir uma outra razão substancial, que é o princípio da justiça.

**A proporcionalidade, enquanto princípio contemporâneo de aplicação aos temas constitucionais e de direitos fundamentais, segundo Martín Perius Haerberlin, estaria ligada à idéia de uma**

construção teórica da proporcionalidade partir das abordagens desta que aparecem na doutrina, notadamente como:

método interpretativo, restrição ao poder de legislar, restrição ao poder de administrar, proibição de excesso e de insuficiência, postulado normativo aplicativo e regra, além da análise de seus correlatos da razoabilidade, concordância prática e ponderação.

**Mas essa dimensão voltada aos poderes públicos pode ser aplicada aos interesses privados.**

Havendo esses dois níveis de aplicação, necessário ligar ao conceito de dimensão positiva e negativa dos direitos fundamentais, com especial atenção à noção de dever de proteção ou imperativos de tutela, para obrigar à ação do Estado, seja preventivamente, seja nas lesões entre particulares, agindo tutelarmente.

Decorrência lógica: se o Estado age, seja preventiva ou corretivamente, pode agir de forma desproporcional, inclusive lesando direitos fundamentais de terceiros.

Exemplo é a proposição de nova lei de imprensa que o legislativo examina ou a lei da mordada para o ministério público. O princípio da proporcionalidade deve agir como restrição ao excesso do poder legislativo para não calar esses dois âmbitos de atuação da ação política cidadã. Ao mesmo tempo se não fizer nada corre o risco de criar novos centros de poder fora do alcance da própria vontade emanada do povo, legitimamente eleitos e de ser culpado por omissão inconstitucional, se for o caso.

Conclui-se que a proporcionalidade possui uma dupla função de controle: para o excesso e para a omissão. A desproporção equivale à lesão do princípio, ou seja, a antijurisdicção dos atos.

Um exemplo cum granis salis é o presidente Sarney dizendo

"A tecnologia levou os instrumentos de comunicação a tal nível que, hoje, a grande discussão que se trava é justamente esta: quem representa o povo? Diz a mídia: somos nós; e dizemos nós, representantes do povo: somos nós. É por essa contradição que existe hoje, um contra o outro, que, de certo modo, a mídia passou a ser uma inimiga das instituições representativas. Isso não se discute aqui, não estou dizendo isso aqui, estou repetindo aquilo que, no mundo inteiro hoje se discute", disse o presidente do Senado."

O princípio de proporcionalidade é desdobrado em três elementos (subcritérios ou sub princípios constitucionais, na dicção de Canotilho)

a) Princípio da adequação ou conformidade (ou em frances, "approprié") , que examina a viabilidade ou idoneidade técnica de um meio para alcançar a finalidade pretendida (crítica: para alguns bastaria que o Poder Público fomentasse o fim almejado e já seria suficiente)

b) Princípio da necessidade: que identifica o meio menos gravoso para o objeto de restrição.

⌘ Este princípio, por sua vez, determina que seja examinado outros dois planos:

1. exame de igualdade dos meios possíveis, ou seja, se as alternativas possíveis alcançam igualmente a finalidade. Se as alternativas não são iguais, o meio que menos restringe é o mais indicado.

2. exame de meio de menor potencial restritivo: se dois meios alcançarem igualmente os objetivos, opta-se pelo que menor restringir os direitos fundamentais afetados.

c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de razoabilidade ou de justa medida.

*33. La proportionnalité au sens strict (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Appropriée et nécessaire, la mesure restrictive de liberté devra encore subir une épreuve de type axiologique (49) consistant en une pesée (Abwägung) (50) des intérêts en présence (51). Il s'agira en l'occurrence de déterminer qui, de la liberté restreinte ou de l'intérêt promu par cette restriction, pèse « le plus lourd ». Pareille pesée ne se résume pas à l'établissement d'une hiérarchie abstraite des valeurs (52) — la Cour considérant, particulièrement en cas de conflits de valeurs constitutionnellement protégées, qu'aucun des intérêts en présence ne peut avoir de façon absolue la priorité sur l'autre (53) —; elle s'effectue au contraire au regard de l'ensemble des circonstances de la cause. C'est donc « en l'espèce », et non « en général » que sera identifiée la règle « qui a le plus de poids ». Pareille pondération sera néanmoins opérée à la lumière du « système de valeurs » que consacre la loi fondamentale et des options prioritaires que ce système incorpore (54).*

### **Bruylant- Bruxelles Sebastian Van Drooghenbroeck**

A proporcionalidade em sentido restrito. Adequado e necessário, a medida restritiva de liberdade deverá ser submetida a uma prova de natureza axiológica consistente em um “pesar” (Sarlet usa “sopesar”) de interesses presentes. É o caso de determinar o que “pesa mais”, a restrição à liberdade ou o interesse protegido por essa restrição. Esse “pesar” não se resume a estabelecer uma hierarquia de valores constitucionalmente protegidos, pois qualquer um dos interesses presentes não pode ser de forma absoluta uma prioridade sobre o outro- efatua-se, ao contrário, uma visão geral das circunstâncias do caso. Portanto é “na espécie”, e não “no gênero”, que se identificará a regra “que pese mais”; Essa ponderação será ainda aplicada à luz de um “sistema de valores” que consagre a lei fundamental e as opções prioritárias que esse sistema incorpora”.

Sarlet esclarece que o pressuposto desse “pesar” é compreender que a tutela de um bem jurídico constitucionalmente relevante deve ter uma justificação constitucional que o legitime.

Crítica: há quem entenda que a adequação e a necessidade já dão conta do princípio da proporcionalidade e que a proporcionalidade em sentido restrito é a responsável pelos excessos. Alexy entende que é a proporcionalidade estrito senso que ocorre a ponderação propriamente dita.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. E ainda a verificação se as ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de restrição são toleráveis (Callies, in Sarlet, fls.399).

Sarlet diz claramente: se a proporcionalidade estrito senso não for observada, a decisão de restrição de um direito fundamental poderá ser não razoável.

Usando a noção de Callies, para a atenção aos efeitos, diz que é na análise da proporcionalidade examinando as proibições de excesso e ou insuficiência que a proporcionalidade stricto sensu se confirma como uma necessidade.

A proporcionalidade estrito senso exige comparação entre as vantagens de adotar uma restrição de direitos fundamentais e a desvantagem que dela decorrem.

E a noção de “núcleo essencial” pode não ser suficiente para evitar a compressão excessiva de direitos restringidos.

Ou seja, a proporcionalidade em sentido restrito age como uma salvaguarda limite no sistema de proteção.

Uma questão: Sarlet, citando Virgílio, entende que o sistema caminha para uma racionalidade objetiva, com mecanismos de controle menos subjetivos. Mas a proporcionalidade em sentido restrito funda-se em exame de pesos, sopesamentos de valores, ou seja, corre o risco de fugir ao objetivo.

Nesse sentido, a questão do núcleo essencial fica em risco, conforme o entendimento do STF.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.024-2 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE  
 REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO  
 SUL  
 ADVOGADOS : PGE-MS - ABEL NUNES PROENÇA E OUTRA  
 REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

**PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

Questão proposta: fungibilidade dos conceitos.

Proporcionalidade é conceito de origem alemã.  
 Razoabilidade é de origem americana.

A diferença tem mais caráter teórico que prático.

Sarlet diz que o mecanismo ou método de ponderação aproxima os conceitos de proporcionalidade estrito senso e razoabilidade, pois os três estão ancorados nos mesmos termos de raciocínio exigidos desses exercícios mentais.

A principal questão diferencial é que a proporcionalidade exige o mecanismo trifásico (adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso) enquanto que a razoabilidade não exige tal mecanismo.

Questão:

Sarlet in CADERNOS AMATRA 4 , fls.39 refere-se a um "equilíbrio possível". Seria uma releitura da razoabilidade?

**GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL**

Noção da SARLET: é a parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde sua mínima eficácia, deixando de ser reconhecido como direito fundamental.

São conteúdos ou posições mínimas indisponíveis às intervenções estatais e, parte da doutrina, entende que podem ser oponíveis pelos particulares. Esses conteúdos mínimos ficam imunes à ação do Estado e permanecem à disposição dos detentores do direito (Menendez, in Sarlet, fls.404)

Normas restritivas autorizadas pela própria lei não podem pressionar os núcleos essenciais mínimos.

Exemplo:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.024-2 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
REQUERENTE	: GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	: PGE-MS - ABEL NUNES PROENÇA E OUTRA
REQUERIDO	: CONGRESSO NACIONAL

1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

BRASIL: não há norma constitucional que proteja os núcleos mínimos mas a doutrina e a jurisprudência aplicam a noção.

SARLET:

CF,40, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

O termo "tendente a abolir" é indicação expressa no princípio de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Núcleo essencial de direitos fundamentais não se confunde com maior ou menor conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais. Mesmo no caso de direitos sociais.

Sarlet: Núcleos essenciais não são definidos in abstracto mas in concreto, segundo sua relação com diversas variáveis (Virgilio)