

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-896-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Com muita satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os resultados de estudos e discussões aprovados para o VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024. Esta obra científica é destinada à difusão de temas contemporâneos, sob a linha estruturante “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os frutíferos debates do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais II” se deram em subgrupos temáticos, com interações voltadas à disseminação e aperfeiçoamento do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, no âmbito de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e áreas afins utilizando-se do ambiente de teletransmissão em videoconferência, com o fim de propiciar a democratização do acesso às frutíferas e proveitosas discussões, deste que já se tornou o maior fórum de debates científicos na área do Direito no Brasil e na América Latina.

Os trabalhos apresentados, que ora compõem este registro, testemunham a utilidade do compartilhamento e disseminação do conhecimento e ideias inovadoras que contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica e afirmação da justiça no Brasil, Américas e Mundo.

Congratulamos a grande comunidade que compõe o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito por seu contínuo esforço de prover um ambiente e oportunidades de aprimoramento da academia jurídica nacional.

Thais Janaina Wenczenovicz

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL/UNIVERSIDADE DO
OESTE DE SANTA CATARINA

Diogo de Almeida Viana dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UEMA, e Universidade UNICEUMA

- Grupo temático 1

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - Tassiane Ferreira Cardoso , Karen Beltrame Becker Fritz;

BASE AXIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PASSADO AO FUTURO: DA DIMENSÃO PSICOFÍSICA A VIRTUAL - Mariely Viviani Cacerez;

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO - Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza;

VULNERABILIDADES E PROTEÇÃO SOCIAL: POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS - Anna Paula Bagetti Zeifert , Vitória Agnoletto;

A FORÇA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO E NA CRISE SINDICAL NO BRASIL - Marcel Carlos Lopes Félix , Joao Antonio de Oliveira Pereira , Bruna Silveira Roncato Aguiar.

Grupo temático 2

TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AGENDA 2030: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 3461, DE 2023 - Luciana Cristina de Souza , Beatriz Moreira Federici;

A TUTELA JURISDICIONAL PARA GARANTIA DAS COTAS E AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS - Jônatas Luiz Moreira de Paula , Reginaldo Bonifacio Marques;

ESCRavidão MODERNA: SOB A ÓTICA DA HERANÇA DA COLONIZAÇÃO - Rafiza Soares Teixeira Nunes;

IGUALDADE SALARIAL ENTRE HOMENS E MULHERES E O SUPERENDIVIDAMENTO DA CONSUMIDORA - Ana Cláudia Rodrigues De Faria , Samantha Ribeiro Meyer-pflug;

APONTAMENTOS PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA ANTIDISCRIMINATÓRIA MENOS TÍMIDA: DIRIGISMO MORAL E PERSISTÊNCIA AUTORITÁRIA NA ADPF 291 - Mario Cesar da Silva Andrade.

Grupo temático 3

CONSTITUCIONALISMO E CIDADANIA: CONSIDERAÇÕES AO RECONHECIMENTO DE DIREITO DAS PESSOAS SURDAS À EDUCAÇÃO BILINGUE NA ERA DIGITAL EM MANAUS - Déborah Costa de Souza , Roger Luiz Paz de Almeida;

PROMOVENDO A EDUCAÇÃO INCLUSIVA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA PARA TODOS - Renata Nazareno Monteiro Pereira da Silva;

DADOS SENSÍVEIS E REGISTRO DE IMÓVEIS: A ADEQUAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Viviane Freitas Perdigao Lima , Ana Josina Silva Cardoso de Oliveira;

OS EFEITOS DO RE Nº 865.401/MG NA REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PÚBLICAS PELOS DEPUTADOS ESTADUAIS DO MARANHÃO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS ANOS DE 2015 E 2023 - Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz , Alex Bruno Canela Vilela;

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: PUBLICIDADE REGISTRAL X PRIVACIDADE - Aryala Stefani Wommer Ghirotto , Renata Capriolli Zocatelli Queiroz , Luis Frederico De Medeiros Portolan Galvao Minnicelli;

VAZAMENTO DE DADOS PARA DEEP WEB E O DIREITO À PRIVACIDADE SOBRE A ÓTICA DA LGPD - Soraia Giovana Ladeia Forcelini , Jéssica Amanda Fachin.

Grupo temático 4

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEFINIÇÕES E LIMITES JURÍDICOS APLICADOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 - Wellington Aparecido Prado Carvalho , Jaime Domingues Brito , Tiago Domingues Brito;

INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O PAPEL DO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NOS ESFORÇOS GLOBAIS DE SUSTENTABILIDADE - Raquel Magali Pretto dos Santos;

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO E O REFLEXO NO ORÇAMENTO PÚBLICO - Raphael Penha Hermano , Marcio Pereira Dias;

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DECORRENTE DA SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA – ANÁLISE SOBRE A ADPF 347 - Carlos Antônio Sari Júnior , Franciele Lippel Laubenstein , Raphael Quagliato Bellinati;

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: FORMA DE MUTAÇÃO DE PRECEDENTES E A PRISÃO AUTOMÁTICA NO JÚRI - Rafael Corrêa Dias Pinto Carlos , Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

**Tassiane Ferreira Cardoso
Karen Beltrame Becker Fritz**

Resumo

Os direitos e garantias fundamentais são direitos protetivos elencados na Constituição Federal, que garantem o mínimo existencial e necessário para que um indivíduo viva de forma digna dentro de uma sociedade. O presente trabalho tem o objetivo, analisar a importância da observância da aplicação do Princípio da Proporcionalidade no caso concreto e a medida que pode contribuir para a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. O enfoque da pesquisa é a contextualização da estrutura dos direitos fundamentais enquanto normas principiológicas. Ainda, investigação de critérios racionais de solução de conflitos como objetivo necessário à interpretação constitucional. A análise justifica-se pela importância crescente que a interpretação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais adquire no cenário jurídico contemporâneo. Por fim, constata-se, que a observância de critérios da proporcionalidade é mister para a redução e extinção de excessos. O estudo adota o método de pesquisa dedutivo combinado com técnica de revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Conflitos, Núcleo essencial, Teoria dos limites dos limites, Princípio da proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

Fundamental rights and guarantees are protective rights listed in the Federal Constitution, which guarantee the existential minimum necessary for an individual to live in a dignified manner within a society. The objective of this work is to analyze the importance of observing the application of the Principle of Proportionality in the specific case and the measure that can contribute to the preservation of the essential core of fundamental rights. The focus of the research is the contextualization of the structure of fundamental rights as principled norms. Furthermore, investigation of rational conflict resolution criteria as a necessary objective for constitutional interpretation. The analysis is justified by the growing importance that the interpretation of the scope of protection of fundamental rights acquires in the contemporary legal scenario. Finally, it appears that compliance with proportionality criteria is essential for the reduction and extinction of excesses. The study adopts the deductive research method combined with literature review technique

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Conflicts, Essential core, Theory of limits of limits, Principle of proportionality

1 INTRODUÇÃO

A materialização e garantia dos direitos fundamentais exige cada vez mais esforço constante e efetivo do Estado democrático de direito. Se antes a luta era pela conquista de direitos, atualmente é pela garantia da efetivação dos até então conquistados, que por vezes têm sua existência ameaçada.

Assim, cabe evidenciar a íntima relação entre estes direitos e o Estado Democrático de Direito, abraçado de forma latente pela Carta Magna de 1988.

O Estado Democrático de Direito reúne, uma série de princípios e valores indispensáveis ao alcance de uma ordem estatal, que consiga assegurar os direitos inalienáveis do ser humano.

Quando usamos o termo Estado Democrático de Direito, percebemos que a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, íntegra e que busca manter os direitos individuais, garantindo os já adquiridos. Também, a independência, a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes, a prevalência do sistema representativo. Neste caso, todo poder emana do povo e, em nome dele, é exercido, por meio de representantes eleitos através do voto (Uadi Lammgo Buws, 2001).

Sabemos que os direitos fundamentais não são absolutos, e a necessidade de fruição simultânea por parte de titulares com interesses distintos, impõe a necessidade, de restrições e ponderâncias a esses bens jurídicos tutelados em seu núcleo essencial.

Com isso, é indispensável a discussão sobre o significado do princípio da proporcionalidade à luz da Teoria dos Limites dos Limites, como critério para a verificação da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais impostas nas relações, sejam elas verticais ou horizontais.

A interpretação que incide sobre o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como normas principiológicas, ganha diversos contornos, o que dificulta soluções racionais, quando do sopesamento de sua compatibilidade de restrições com a necessidade de preservação do seu núcleo essencial.

Assim, o presente trabalho busca contribuir com a argumentação da necessidade de observância da proporcionalidade e dos limites, quando da aplicação dos direitos fundamentais no caso concreto. O segundo item, aborda os direitos fundamentais com caráter principiológicos, em seguida, no terceiro item, a Teoria dos Limites dos Limites, sob a perspectiva e estrutura dos direitos fundamentais, dos conflitos a eles inerentes, bem como da

necessidade de proteção do seu núcleo essencial. Já o quarto item, a conceituação e análise da estrutura do Princípio da Proporcionalidade sob os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade, seguido das considerações finais.

Quanto as considerações metodológicas, recorre-se à técnica de pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa e exploratória. Com relação ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo histórico jurídico. Por sua vez, o raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS PRINCIPIOLÓGICOS

Os direitos fundamentais, com destaque mundial, são uma forma de legitimidade do Estado, e o seu respeito e efetividade são buscados diariamente pela humanidade com cunho fundamental e principiológico. O Estado Democrático de Direito engloba, princípios e valores indispensáveis ao alcance de uma ordem estatal, capaz de assegurar os direitos inalienáveis do ser humano.

A importância dos direitos fundamentais no atual constitucionalismo e, conseqüentemente, em todo o ordenamento jurídico é evidente. Nesse sentido, ensina, Luño (2013, p. 15):

“El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. [...] Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho”.

Durante a transição da idade média para a moderna, no século XVIII a XIX, a sociedade clamava por limites ao poder impositivo do soberano. Então, movimentos constitucionais, como da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787, trouxeram a legislação como instrumento da liberdade dos cidadãos, passando a ser a lei, único instrumento a legitimar a limitação dos seus direitos.

Com isso, passou-se a considerar que somente a legislação válida poderia impor deveres e obrigações aos cidadãos. Desta forma, efetivamente se legitimou a liberdade como instrumento (MENDES et al., 2007).

Como dito, a lei passou a ser considerada a expressão máxima da soberania popular, como ensina, Mendes: “O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser o soberano, sem se deixar travar pela Constituição. A visão radical da soberania popular

ganha espaço” (MENDES et al, 2007).

Neste sentido, Roger Aguiar (2004, p. 146):

“condensa o pensamento da época ao aduzir que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”.

A revolta pelos excessos da época, deu azo para que a lei fosse colocada em patamar de comando geral. O positivismo jurídico com vistas a buscar a objetividade do sistema, equipara o direito à lei (BARROSO, 2007).

O Direito passa a ser produção da vontade humana com sua criação pelo Estado através da lei. Para Gustavo Biscaia de Lacerda (2009), tal pensamento teve o elo de embasar a superação do jusnaturalismo, a separação do Direito do divino e a limitação do poder soberano pela lei, uma vez que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais.

No positivismo jurídico, os princípios denotam natureza supletiva ou interpretativa, diferentemente da fase jusnaturalista, em que eles poderiam regular a conduta das pessoas.

Nas palavras de Mamari Filho (2005, p. 17), a natureza dos princípios gerais é “eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana”.

Os princípios eram utilizados para auxiliar na interpretação dos operadores do direito e orientar o legislador. Entraram nos textos legais como fonte normativa subsidiária e são inseridos nas normas positivas, com uma posição supletiva ou interpretativa.

Assim, guiam o intérprete, integram e harmonizam o sistema, suprindo lacunas, atenuando conflitos aparentes e apontando os fins morais de dada sociedade (BARROSO, 2014).

Existe e deve existir, um vínculo entre o sujeito e o objeto em análise, ou seja, entre operador, norma e realidade (BARROSO, 2014).

Inclusive, porque o ser humano é sujeito de direitos, onde podemos encarar um clamor fundamental como normas principiológicas que posteriormente vem a ser positivado nas normas jurídicas de mais alto poder.

Sobre tal problemática, Bobbio (2004, p. 63) adverte que: "Uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.

Ante a insuficiência do positivismo jurídico desenvolveu-se, o pós-positivismo

(BONAVIDES, 2017), que abarcou valores, princípios, regras de hermenêutica e teoria dos direitos fundamentais, onde os princípios ganham reconhecimento e normatividade.

Neste sentido, Bobbio (2004, p. 25) afirma que:

"o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados".

A preocupação explanada por Bobbio, muito bem retrata a crise vivenciada pela sociedade moderna, que assiste, diuturnamente violações aos direitos fundamentais.

Os princípios não se destinam a fixar uma única forma de conduta possível, mas uma conduta orientada a valores reconhecidos e garantidos pela ordem constitucional como um todo (DUQUE, 2014).

Até porque, os direitos e garantias fundamentais, possuem como características, a universalidade, historicidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, inviolabilidade e relatividade.

A característica da relatividade, demonstra que os direitos fundamentais não são absolutos, pois podem, sim, sofrer limitações. Quando, por exemplo, em um caso concreto, existe choque de direitos fundamentais, passa-se a necessidade de ponderação e relativização.

Canotilho (2003), explica que, Constituição denota um sistema interno de regras e princípios, onde os princípios estruturantes possuem as orientações básicas da ordem constitucional, seguidos dos princípios constitucionais gerais e específicos, bem como das regras constitucionais.

Os princípios são os pilares centrais do ordenamento jurídico e, por isso, possuem forte presença no corpo das Constituições contemporâneas.

André Rufino do Vale (2009, p. 24) friza que:

"A "Constituição é marcada pela presença de princípios", que constituem a positivação (expressão normativa) dos valores centrais da comunidade e que influenciam todo o ordenamento jurídico e vinculam as atividades públicas e privadas. Os princípios passam ao coração das Constituições (VALE, 2009, p. 281).

O destaque alcançado pelos direitos fundamentais é uma luta que ainda está longe do final, mas a sociedade deve perseguir sua efetividade e respeito, transformando a literalidade das declarações de direito em realidade social.

E como leciona, Barroso, guiam o intérprete, integram e harmonizam o sistema,

suprindo lacunas, atenuando conflitos aparentes (BARROSO, 2014).

Desta forma, os direitos fundamentais são normas com alta carga valorativa, principiológica e forte conteúdo axiológico.

3 NÚCLEO ESSENCIAL

O chamado núcleo essencial é literalmente a essência do direito, pois intransponível e protegido contra muitas espécies de interferências. Tal essência, assinala uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, quando regula um direito fundamental face a outro da mesma espécie, para que assim, não incorra em inconstitucionalidade.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a concepção de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantidor utilizado pelo constituinte.

Gavara de Cara (1994, p.331) observa, a propósito, que, para a teoria relativa, "o conteúdo essencial não é uma medida pré-estabelecida e fixa, uma vez que não se trata de um elemento autônomo ou parte dos direitos fundamentais".

Atualmente, o núcleo mínimo dos direitos fundamentais e seus instrumentos de proteção é muito debatido, sendo que seus instrumentos de proteção tem variado bastante no decorrer do tempo.

Essas ferramentas e instrumentos são de suma importância para dar efetividade a proteção que tanto se busca concretizar e preservar.

Mendes (2007, p. 39), observa que: " o princípio da proteção do núcleo essencial (Wesensgehaltsgarantie) destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental mediante estabelecimento de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais".

A função de proteção e limitação dos direitos fundamentais só pode ser feita por meio da hermenêutica constitucional que assegure máxima efetividade a eles. A referida hermenêutica constitucional tem voltado seu foco na preocupação em garantir ao máximo a otimização desses direitos quando em colidência.

Paulo Bonavides (2010, p. 559), ensina:

“Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal - se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e garantias processuais” .

Os direitos fundamentais estão em uma posição de alta relevância diante de outros direitos, por isso, o dever de cuidado é exigido da hermenêutica constitucional.

Qualquer tentativa de limitação a esses direitos deve ser vista com cautela e ponderação, pois são parte daquilo que é considerado o espírito da Constituição.

Entretanto, inevitavelmente, sofrem limitações, quando colidem com outros princípios da mesma importância.

O objetivo central é o intérprete não retire ou invada o seu núcleo substancial protetivo, sob pena de afrontar-se o sistema garantista constitucional.

Nessa linha, Steinmetz (2001, p. 126), ensina:

“Uma colisão de princípios não se resolve com uma cláusula de exceção nem com um juízo de (in)validade. Requer um juízo de peso. Trata-se da ponderação de bens, com a qual, tendo presente as circunstâncias relevantes do caso e o jogo de argumentos a favor e contra, decidir-se-á pela precedência de um princípio em relação ao outro”.

É importante distinguir conflito de regras e colisão de princípios, quando se fala em direitos fundamentais. Nesse sentido, Robert Alexy (1986, p. 85):

“Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais [...]. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.

Ingo Sarlet (2009, p. 386), reconhece a importância do estudo das limitações aos direitos fundamentais quando conflitantes:

“Com efeito, considerando que o conteúdo e o alcance dos direitos humanos e fundamentais apenas é passível de aferição mediante a inclusão das possíveis limitações às quais os mesmos estão sujeitos, quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos seus próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da ação da doutrina e da jurisprudência, mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito. Não é à toa, portanto, que já se disse que a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações”.

Percebe-se que esse núcleo essencial, também chamado de núcleo mínimo, é espaço restrito a limitações, e é de suma importância a atividade de ponderação de interesses para a

solução racional de eventual colisão entre os princípios.

Virgílio Afonso da Silva, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser encarado sob uma perspectiva subjetivista ou objetivista (2009).

Nesse sentido, Alexy (1986, p.296) estabelece tal divisão, ao ditar que:

Deixando de lado as variadas nuanças do debate, é possível sistematizar as teorias acerca do conteúdo essencial por meio da utilização de dois pares conceituais: de acordo com o primeiro par, as teorias sobre o conteúdo essencial são diferenciadas enquanto se relacionem a garantia do conteúdo essencial a uma situação subjetiva ou a uma situação objetiva de regulação constitucional”.

Na primeira concepção, os direitos fundamentais tem seu conteúdo essencial assegurado em relação a um indivíduo, onde tomam perspectiva subjetiva e absoluta, o que acarretaria a consequência de que um direito fundamental de um indivíduo jamais poderia ser abolido completamente, sob pena de ferir-se a garantia de proteção do conteúdo mínimo e essencial desse direito.

Entretanto, Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 186), exemplifica direitos fundamentais subjetivos que podem ser restringidos, e até mesmo abolidos, em face de um caso concreto, com justificção constitucional. Vejamos:

“Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e de vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados”.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais, em consequência, só pode ser tomado como algo absoluto e impassível de limitação quando se adota uma perspectiva objetivista.

Segundo tal concepção, os direitos fundamentais possuiriam um núcleo essencial pertencente ao ordenamento como um todo, não se referindo às expectativas subjetivas e individuais de um sujeito apenas, mas à ordem jurídica tomada em seu aspecto objetivo.

Logo, direitos fundamentais, pensados como subjetivos, serão sempre relativos, já em uma visão objetivista, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode tanto ser absoluto ou relativo. E quando relativo, pode sofrer limitações em face de situações de conflitos, após a realização do sopesamento e da ponderação de interesses.

Neste sentido, Alexy (2005, p. 296-297):

“Em uma de suas primeiras decisões o Tribunal Constitucional Federal deixou em aberto a questão acerca de uma interpretação subjetiva ou objetiva [...] Mas nas decisões que se seguiram o tribunal sempre associou a garantia do conteúdo essencial a posições individuais. Nesse ponto é preciso concordar com o tribunal. Como será analisado adiante, direitos fundamentais são primariamente posições individuais. Se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito no mínimo também a posições de direitos fundamentais individuais”.

Diante dos ensinamentos do jurista Alexy citado, podemos observar que um indivíduo só pode ter a pretensão a um direito fundamental subjetivo se este direito lhe for assegurado, também, de forma objetiva.

Com isso, é mister usar critérios corretos que servirão de parâmetro hermenêutico para estabelecer a ponderação de interesses utilizada na busca pela solução de conflitos normativos, de maneira que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seja respeitado.

Um instrumento de suma importância trazido pela Constituição de 1988 foi o dispositivo do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, representando a garantia essencial aos direitos fundamentais, por prever que não será admissível proposta tendente a aboli-los.

É o entendimento de Marmelstein (2008, p. 263), o qual leciona:

“Uma interpretação meramente gramatical do art. 60, par. 4º, inc. IV, da Constituição de 88, poderia levar à conclusão de que tais dispositivos não se aplicariam a todos os direitos fundamentais, mas apenas aos direitos e garantias individuais, pois o dispositivo menciona textualmente, como objeto de proteção, apenas esses direitos, não englobando expressamente outras espécies, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Desse modo, com base na análise meramente gramatical e estrita do texto constitucional, somente seriam cláusulas pétreas os direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição, já que ali estariam os únicos direitos e garantias individuais escolhidos pelo constituinte para comporem o núcleo imutável do ordenamento jurídico. Trata-se, porém, de uma análise equivocada, pois é possível afirmar que todos os direitos fundamentais – e não apenas os previstos no art. 5º – estão acobertados pela proibição de abolição pelo poder reformador, até porque esses direitos são potencialmente hábeis a gerar para seus titulares pretensões subjetivas, sendo, portanto, capazes de se transformar em direitos individuais”.

O dispositivo acima transcrito assegura aos direitos fundamentais uma espécie de barreira contra intervenções legislativas que objetivem o esvaziamento de seu conteúdo.

O artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, apesar de tomar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, não faz qualquer menção à necessidade de preservação do núcleo essencial desses direitos.

Entretanto, apesar de não mencionar expressamente a efetiva necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pressupõe instrumentos que buscam impedir o desvirtuamento dos referidos direitos. Tais instrumentos consistem no que se convencionou chamar de limites dos limites.

Canotilho (2003, p. 451) leciona acerca do conceito, ao mencionar:

“As leis restritivas estão sujeitas a uma série de requisitos restritivos dessas mesmas leis. Por isso fala-se aqui das restrições às restrições ou limites dos limites. A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado e editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos. Para além desta formulação (pouco rica, de resto, relativamente ao conteúdo de informação). [...] Discutem-se fundamentalmente dois problemas: (1) qual o objeto de proteção: o direito subjetivo individual ou garantia objetiva? (2) qual o valor da proteção: o núcleo essencial é um valor absoluto ou depende da sua conformação com outros direitos”.

Diante disso, é necessário um exame aprofundado do caso em conflito para fixar quais os limites a que a lei tem de ater-se, bem como quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, adotando o critério dos limites dos limites, como meio de garantia a que os direitos fundamentais, preservando em todas as circunstâncias seu núcleo essencial.

4 TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES

É vivência de nosso cotidiano que cenários de crise acabem impactando a eficácia dos direitos fundamentais. Tais direitos, como normas principiológicas, possuem alto grau de abstração e interpretação, o que acaba ganhando contornos diversos, dificultando a busca de soluções racionais, frente à necessidade de preservação do seu núcleo essencial.

Os conflitos entre direitos fundamentais não ocorrem apenas nas relações em que o Estado é parte, mas também nas relações particulares (DUQUE, 2013).

Embora, nas relações privadas não exista, em tese, uma hierarquia, podem haver desigualdade de poderes em seus polos. Neste sentido, quanto maior for a desigualdade de poder, maior será a tendência de lesões aos direitos fundamentais, tanto nas relações verticais, onde temos particular e Estado, quanto nas relações horizontais, entre cidadãos.

Com isto, independe do tipo de relação, horizontal ou vertical, deve-se levar em consideração a definição correta do caso concreto, sem desconsiderar os limites impostos pelo legislador, evitando o excesso de subjetividade que pode agravar o conflito.

Os direitos fundamentais são normas com grande carga valorativa e conteúdo axiológico. Esses direitos positivados como fundamentais tem natureza de princípios e, a colisão entre eles deve seguir a mesma lógica para sua solução.

Para realizar a ponderação necessária, mister observar a carta magna, principalmente atentar-se aos princípios da proporcionalidade e da teoria dos limites dos limites. O princípio da proporcionalidade, será estudado na sequência. Ele estabelece a necessidade de aferição proporcional para cada um dos direitos fundamentais, ensejando no equilíbrio perseguido.

Já a teoria dos limites dos limites, impõe que a restrição deve ser abstrata. Logo, a lei que venha a limitar o direito fundamental não pode ser discriminatória, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade material e da segurança jurídica.

A definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais procura impedir a sua perda de significado prático, pois restrições desproporcionais no seu âmbito de proteção podem acarretar diversos malefícios, inclusive, o desequilíbrio entre os poderes públicos (MENDES, 2012).

O conceito de limites dos limites, para Pieroth, refere-se aos limites que vigem para o legislador, no momento em que ele, no curso de sua competência constitucional, restringe os direitos fundamentais (PIEROTH, 2009).

Essa delimitação, com base na teoria do limite dos limites, tem como fundamento, impedir que o legislador transcorra livremente, sem nenhuma moderação, na restrição de direitos fundamentais, a fim de que o conteúdo essencial, reste preservado.

Portanto, à luz da teoria dos limites dos limites, o princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais deve sempre estar associado a proporcionalidade, causando o mínimo de prejuízo possível ao outro direito fundamental de menor peso, no exato limite do necessário.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Os direitos fundamentais são normas jurídicas de máxima hierarquia, por isso quando restritos em seu âmbito protetivo, devem passar pelo exame constitucional de forma rigorosa para que a limitação se justifique.

O critério da proporcionalidade representa importante instrumento de solução de conflitos visto que se mostra ponto de observação necessário diante de normas e princípios colidentes.

Neste sentido, Mendes (2012, p. 247), “O princípio da proporcionalidade funciona

como um "mediador" entre as restrições aos direitos fundamentais e o poder estatal, justificando tais interferências a partir de um processo de ponderação”.

Assim, pretende, por conseguinte, instituir, a relação entre meio e fim, confrontando o final e o fundamento de uma intervenção com os efeitos para que se torne possível um controle do excesso.

O princípio da proporcionalidade costumeiramente tem aplicação no Direito Administrativo (MAURER, 2009), mas a partir do século XX, vem sendo aplicado no Direito Constitucional com o advento do Estado Democrático de Direito.

Sua origem é da Constituição Francesa de 1791, que o previu expressamente em seu artigo 3º. Posteriormente, se reproduziu na Alemanha, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi recepcionado a partir da influência da doutrina portuguesa, a qual havia enraizado seu conceito e conteúdo, nas fontes alemãs.

O autor Antônio José Martins Gabriel, ensina que San Thiago foi o pioneiro na preocupação com leis injustas:

“No Brasil, em sede doutrinária, SAN THIAGO DANTAS é tido como pioneiro na abordagem do tema, tendo manifestado sua preocupação com as leis injustas e desarrazoadas em artigo publicado em 1948, no qual assentou:” O problema da lei arbitrária que reúne formalmente todos os elementos da lei, mas fere a consciência jurídica pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos, determinados em gênero ou espécie, tem constituído, em todos os sistemas de direito constitucional, um problema de grande dificuldade teórica e de relevante interesse prático ”.

Sob a ótica da estudiosa, Suzana de Toledo Barros, a relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz a existência de inúmeras possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressos sob a forma de regras, direcionam-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger. (BARROS, 2000).

A aplicação dos princípios, no caso concreto, deve observar critérios de proporcionalidade, como adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação ou sopesamento, decorrente da relativização em face das possibilidades jurídicas.

A adequação e necessidade referem-se a possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade deve observar as possibilidades jurídicas, a partir dos demais princípios.

Para Alexy, o sopesamento divide-se em três passos: 1) avalia-se o grau de não satisfação de um dos princípios; 2) verifica-se a importância de satisfação do princípio

colidente; e 3) pondera-se se a importância de satisfação do colidente justifica a não satisfação do primeiro (ALEXY, 2008).

Pauta-se pelo princípio da máxima efetividade da Constituição, exigindo-se que o intérprete dirija seus esforços para potencializar a efetividade de um direito fundamental sem prejudicar a outra posição jurídica em conflito, de modo que ambas sejam reciprocamente poupadas e compensadas (BARROSO, 1996).

Ademais, o princípio da proporcionalidade permite ao Judiciário anular atos quando não haja adequação entre o fim que se busca e o meio pelo qual foi empregado, quando a medida não seja exigível ou necessária e, ainda, quando a perda é mais considerável do que o ganho.

Portanto, ao observar o princípio da proporcionalidade no caso legal, busca-se preservar o núcleo fundamental, e ainda, evitar arbitrariedades causadas pelo excesso de subjetivismo na interpretação da norma pelos operadores jurídicos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já dito, os direitos fundamentais são aqueles especificados no texto constitucional com valores supremos e imprescindíveis para a ordem nacional, recebendo proteção máxima da própria Carta Magna.

Ocorre que, tais valores, podem entrar em conflito, o que roga por um mecanismo que permita equilíbrio em caso de colisão. O equilíbrio é o núcleo fundamental do direito e do conceito de Justiça, representada, simbolicamente, pela balança, que proporciona equilíbrio entre seus dois lados.

A proporcionalidade é instrumento que possibilita garantir a aplicação de princípios conflitantes, através do balanceamento entre valores, preservando os direitos fundamentais, e legitimando o papel do Estado Democrático de Direito.

Em consonância, a teoria dos limites dos limites veda a violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que associado ao princípio da proporcionalidade, evita excessos e injustiças.

Tal teoria, limite dos limites, foi desenvolvida para agregar significado à disposição constitucional prevista no art. 19, II da Lei Fundamental alemã, segundo a qual em “nenhum caso um direito fundamental pode ser violado em seu conteúdo essencial” (STERN, 1994, p. 865).

Desta forma, percebe-se que a garantia do conteúdo essencial surgiu para limitar os

abusos normativos da atividade do legislador. Sua importância como mecanismo de limite é muito relevante, não apenas porque é uma garantia constitucional, mas porque, por meio dela, se pode garantir efetivamente o exercício dos direitos fundamentais, elementos legitimadores e fortalecedores do Estado Democrático de Direito.

O operador do direito, ao decidir o caso concreto, deve sempre definir contornos que permitam aplicações práticas dos princípios fundamentais, pautados pela dimensão abstrata, racionais e fundamentadas. O princípio da proporcionalidade atuaria, em última análise, como critério para definir o limite dos limites às restrições, inviabilizando restrições que, ao suprimir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, os descaracterizaria.

Conforme ensina o professor Humberto Ávila (2003), a ferramenta da proporcionalidade, pressupõe uma relação de causalidade e efeito de um ato ou ação com o seu fim. Logo, adotando-se o meio, promove-se o fim. Já quanto a razoabilidade, encontra-se entre o critério escolhido e a medida adotada, uma relação de qualidade, enfatizando-se que uma qualidade não leva a medidas, mas é um critério intrínseco.

Portanto, a aplicação de forma racional e sistematizada do princípio da proporcionalidade na garantia dos direitos fundamentais, como mecanismo de ponderação de valores e instrumento de proteção, quando em conflito, deve ser estimulada e cada vez mais apoiada em bases transparentes e objetivas. Evitando-se assim, decisões eivadas de excesso e injustiças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2003.

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzon Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ALEXY, Robert. Derecho y corrección. In: ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 157.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

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

Buws, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, 3ª. ed, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 45

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

DUQUE, Marcelo Schenk. Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo, Madri, 1994.

GABRIEL, Antônio José Martins. O princípio da proporcionalidade. Disponível em: http://www.femperj.org.br/revista/d_pen.htm/art104. Acesso em 25 abr.2024.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. Los derechos fundamentales. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARMESTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MAURER, Hartmut. Allgemeines Verwaltungsrecht. 17. überarbeitete und ergänzte Auf. München: Beck, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte Staatsrecht II. 25. neu Auf. Heidelberg: Müller, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

Steinmetz, Wilson Antonio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 126.

STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland: Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: Beck, 1994, B. III/2.

VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.