

SOBERANIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÕES OU LIMITAÇÕES EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

SOVEREIGNTY OF FUNDAMENTAL RIGHTS FRONT OF THE POSSIBILITY OF RESTRICTIONS OR LIMITATIONS IN A DEMOCRATIC STATE LAW

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina*

RESUMO

O presente manuscrito visa abordar acerca da possibilidade de os direitos fundamentais, sofrerem restrições ou limitações em um Estado Democrático de Direito. Inicialmente será abordada de forma ampla, a afirmativa histórica que os direitos fundamentais percorreram, em sua normatividade, modificando-se de simples recomendações éticas, para o posicionamento normativo jurídico, de forma soberana na Constituição. Em consequência das possíveis limitações, serão expressas a teoria interna, bem como a teoria externa de direitos fundamentais, como expressões da temática, findando nas alternativas, como também, as especificações das garantias que poderão ser restritas, assim como, a necessária formalidade para que tal limitação se efetue.

Palavras-chave: Estado de defesa. Estado de sítio. Direitos fundamentais. Constituição.

ABSTRACT

The present study aims to address about the possibility of fundamental rights, suffer restrictions or limitations in a democratic state. Initially will be addressed broadly, the historical assertion that fundamental rights have come in their normativity, changing from simple ethical recommendations for the legal normative positioning, in a sovereign manner in the Constitution. As a result of possible constraints are expressed internal theory as well as the external theory of fundamental rights such as expressions of the theme, ending the alternatives, as well as the specifications of the guarantees may be restricted, as well as the necessary formalities for such limitations make it.

Keywords: State defense. Siege. Fundamental rights. Constitution.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho trata acerca da possibilidade de restrições aos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, primeiramente, se efetuará uma diferenciação entre direitos e garantias, assim como, uma ampla abordagem sobre a transmutação que os direitos fundamentais sofreram, passando de simples recomendações éticas, para concretas normas constitucionais.

Por consequência, destacar-se-á também, a soberania dos direitos fundamentais na Carta Maior, devido ao seu grau de abrangência e proteção aos cidadãos, inclusive, pas-

* linny.mendes@hotmail.com

sando pela diferenciação de tais normas, em relação as demais garantias abordadas pelo constituinte, em decorrência deste preceito será abordado, acerca da inconstitucionalidade e a não recepção de normas contrárias aos direitos fundamentais, bem como, os meios com os quais, estes preceito se materializam.

Posteriormente a isso, será abordado, objetivamente, as possibilidades de restrições ou limitações dos direitos fundamentais, as quais, explanam-se por meio da teoria interna e a teoria externa, que serão amplamente definidas. Bem como, as alternativas de restrições, as garantias que podem ser restritas, como também, as limitações e legalidades para tal feito. Isto posto, serão apresentadas jurisprudências do STF, acerca da respectiva prática.

Por sua vez, o método utilizado será o indutivo, como obtenção do resultado geral, que culmina em, abordar a soberania dos direitos fundamentais na ordem jurídica, será utilizado também, o auxílio de pesquisas bibliográficas, bem como de jurisprudências do STF, como meio de obtenção do objetivo específico, que finda em averiguar as possibilidades de restrições de direitos, na Constituição nacional.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Primeiramente será estabelecida a diferenciação entre direitos e garantias, cujas quais de acordo com Pinho (2011), “no ordenamento jurídico, pode ser feita uma distinção entre as normas declaratórias, que estabelecem direitos, e as normas assecuratórias, isto é, as garantias, que asseguram o exercício desses direitos”.

Neste sentido, na direção de Marmelstein (2013), “de simples recomendações éticas, eles (os direitos fundamentais), se tornaram verdadeiras normas constitucionais irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capazes de se irradiar, por todos os ramos do direito.”

Destarte, Vasconcelos (1993) enfatiza que, um sistema hierárquico de normas, seria composto por normas de variados graus valorativos, formando então, um conjunto em harmonia, em concordância, com Kelsen (2007), no que concerne, a teoria da pirâmide normativa de normas, na direção de que, para um norma ter validade, a mesma necessita “buscar fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que, todas as normas cuja validade, pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem normativa.”

Consequentemente, destaca Marmelstein (obra citada), que a Constituição ocupa o patamar mais alto desta pirâmide, desta forma, a própria, encontra-se no topo do ordenamento jurídico, de maneira que, para uma norma ter validade, a mesma precisa estar em concordância com a Constituição, devido ao fato de que tal, ocupa a Ordem Maior. Em continuação a disposição do mencionado autor, o mesmo destaca:

“O mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também possuem a natureza de norma constitucional. Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são fundamentais, porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos, que são inegociáveis no jogo político. Daí porque, esta concepção, pressupõe um constitucionalismo rígido, no qual, a Constituição goza de uma supremacia formal, sobre as demais normas jurídicas e, por isso, os mecanismos de mudança do texto constitucional, impõe um processo legislativo mais complicado em relação às demais leis.”

Assim sendo, pode-se afirmar, que este seria o diferencial dos direitos fundamentais em relação as demais normas jurídicas, por consequência de seus privilégios, advindos da supremacia formal e material em proteção das prerrogativas do legislador ordinário, ou seja, os mesmos encontram-se em patamar superior ao das leis, pois que, constituem a base nuclear ética de todo o sistema normativo.

Este reconhecimento de sua proeminência, Marmelstein (obra citada), destaca três consequências relevantes, sendo elas, a inconstitucionalidade de normas incompatíveis com as garantias destacadas, conseqüentemente, a não receptividade de normas anteriores a promulgação da Constituição de 1988, que estejam em discordância com os direitos fundamentais, bem como, impõe a necessidade de reinterpretar as leis, aos parâmetros axiológicos estabelecidos pela Constituição.

Dessa maneira, para Kelsen (obra citada), a jurisdição constitucional, expressa “a garantia jurisdicional da Constituição”, que finda, em assegurar o exercício regular das funções estatais, através de, um órgão imparcial e independente, como complementa Marmelstein (obra citada), salientando, tais doutrinadores, que tal medida de garantia, não deve ser incumbida ao legislador, tampouco, ao governante, pois que, nos casos de transgressão da Constituição, ambos podem estar presentes como partes litigantes, além disso, conforme a explanação de Marmelstein (obra citada):

“A constatação de que os parlamentares e os governantes, por estarem mais vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, inclusive financeiras, já que precisam de verbas para financiar suas dispendiosas campanhas eleitorais, não estariam em uma posição de imparcialidade para proteger os interesses dos grupos com pouca representação eleitoral, ainda que, os interesses desses grupos fossem garantidos pela Constituição. Logo, nem os membros do Executivo, nem os do Legislativo, possuiriam legitimidade para realizar o controle da constitucionalidade dos atos públicos, pois eles, sempre tenderão a escolher a opção política que gere mais votos, o que nem sempre resultará em escolhas justas e compatíveis com a dignidade humana.”

No Brasil, a jurisdição constitucional surgiu com a criação da Justiça Federal, em consequência, da crise da monarquia, onde, o país sofreu um golpe estado, proclamando-se republica, sob a égide de Marechal Deodoro da Fonseca. Dessarte, devido a troca de regime

político, uma nova Constituição deveria ser escrita, tarefa à qual, recaiu para Rui Barbosa, que se baseou no modelo norte-americano, para a criação da Constituição de 1891.

Acerca do qual, Gilmar Mendes (2010), destaca, “o regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já, na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, §1º, a e b).”

Neste marco histórico, passou a ser oficialmente instituída a premissa de que, não existem poderes (mesmo que executivo ou legislativo), a não ser os que estejam expressos dentro das normas constitucionais, visto que, a mesma possui caráter predominante, estando, para tanto, acima de todo o restante do ordenamento jurídico. Efetuada esta ampla assertiva histórica, passar-se-á a abordar o próximo item do referido manuscrito.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE E A NÃO RECEPÇÃO DAS NORMAS CONTRÁRIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como os direitos fundamentais são positivados na Constituição, qualquer norma que se mostre incompatível com tais garantias serão declaradas inconstitucionais, esta fiscalização das normas será efetuada por meio da jurisdição constitucional, através da ADI, posto que, são estes direitos, que, conforme a explanação de Marmelstein (obra citada), “fornecem o substrato ético e a legitimidade material do controle de constitucionalidade”.

Porém, para as normas que entraram em vigor antes da Constituição Federal, em virtude do controle concentrado de constitucionalidade, o órgão incumbido pela fiscalização é o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF, com referência no art. 1º, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 9.882/98. No entanto, no que concerne ao modelo difuso de constitucionalidade, o juiz, em confronto com uma lei não recepcionada, fica encarregado de não aplicá-la, em consequência, assegura Marmelstein (obra citada anteriormente).

“A supremacia formal e material dos direitos fundamentais acarreta a não recepção da legislação promulgada em data anterior à Constituição que seja incompatível com os direitos fundamentais. Se um juiz deparar com uma norma anterior a Constituição que seja incompatível com esses direitos, deverá entendê-la como revogada. Diz-se numa linguagem mais técnica, que essa **norma não foi recepcionada**, ou seja, não foi recebida pelo novo ordenamento constitucional. Essa não recepção tem o mesmo efeito prático da revogação, de modo que, o juiz não pode aplicar a norma não recepcionada.”

O Brasil adota o sistema misto de constitucionalidade, ou seja o difuso e o concentrado. Como modelo concentrado de constitucionalidade, refere-se, ao controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, expresso no art. 102, par. 1º da CF, regulamentada através da lei nº 9.882/99, no art. 1º, parágrafo único, inc. I.

No mesmo sentido, apresentar-se-á, jurisprudência pacífica do STF, em decisão acerca do tema:

“(...)A Ação Direta de Inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato.

Assim, toda vez que configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados, para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, propor arguição de descumprimento. Também essa solução vem colmatar lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante.” (STF, ADI 7/DF, rel. Min. Celso de Mello, J. 4/9/1992).

Dessarte, a respeito da não receptividade de normas contrárias aos direitos fundamentais, utilizar-se-á o exemplo de Marmelstein (obra citada), referentes aos arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa, que expressa o dano moral tarifado, cujos quais, taxam limites rígidos à fixação da indenização por dano moral, no que concerne à responsabilidade civil de jornalistas e empresas da área de comunicação, cujos quais, eram acolhidos, anteriormente a Constituição de 1988, no entanto, com o advento da mesma, instituiu-se o art. 5º da CF, para o qual, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”, neste sentido, a atual Constituição não estabeleceu limites ao dano moral, por tanto não recepcionando tais artigos.

Em virtude, como consequência da proeminência dos direitos fundamentais, todas as leis editadas anteriormente a vigência da atual Constituição, deverão passar por um processo de interpretação, como forma de adaptá-la ao sentido axiológico que os direitos fundamentais estabelecem, como salienta Barroso (1998), no sentido de que, apenas prevalecem as leis, quando concordantes com as normas e princípios estabelecidos na Constituição atual.

Nesta acepção, qualquer ato que esteja em incompatibilidade com os direitos fundamentais poderão ser declarados inconstitucionais, e por tanto, serem anulados, por meio do órgão incumbido pela jurisdição constitucional, e sendo anteriores a Constituição, os mesmos, não serão recepcionados pela jurisdição, como dito. Isto esclarecido, abordar-se-á o controle as peculiaridades do sistema misto de constitucionalidade, expressos no item a seguir.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO

Para Ferreira Filho (2012), “a distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência

de um *controle de constitucionalidade*". Deste modo, o controle difuso de constitucionalidade, surgiu em 1803 nos Estados Unidos da América, de forma implícita (sem previsão constitucional), no caso do julgamento de William Marbury e James Madison, cujo qual, o juiz John Marshall, expos a supremacia dos direitos fundamentais no sistema jurídico, afirmando a necessidade da conformidade entre os atos normativos em geral e a Lei Magna.

Decidindo por tanto, a capacidade de o poder judiciário, poder decidir o momento e o grau de violação de determinado ato, contrário à Constituição, ou seja, trata-se de controle repressivo de constitucionalidade, como denota Schueller (2013).

Assim, existem duas formas de controle de constitucionalidade, sendo elas, o controle preventivo e o repressivo, de acordo com Ferreira Filho (obra citada), "distingue-se então o *controle preventivo* do *controle repressivo*. Aquele opera antes que o ato, particularmente a lei, se aperfeiçoe; este depois de perfeito o ato, de promulgada a lei. Aquele é controle *a priori*. Este, *a posteriori*".

Desta forma, conforme Barroso (2006), a fundamentação do controle da constitucionalidade, está em, proteger os direitos fundamentais, sobretudo o das minorias, devido ao fato de que, pressupõe a existência de valores intrínsecos da sociedade, que necessitam de preservação, 'das injunções estritamente políticas'.

Nesta acepção, preleciona Alexandrino (2009), para quem, "ocorre o controle difuso (ou aberto) quando a competência para fiscalizar a validade das leis é outorgada a todos os componentes do Poder Judiciário, vale dizer, qualquer órgão do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, poderá declarar a inconstitucionalidade das leis." Em conformidade com tal modelo, a interpretação dos direitos fundamentais é voltada para o caso em específico, isto é, o juiz analisará os argumentos propostos e decidirá quem tem direito diante da casuística em espécie, processo, este, denominado, interpretação tópica, que segundo Bonavides, é composta por:

"(...) uma técnica de investigação das premissas, uma teoria da natureza de tais premissas, bem como, de seu emprego na fundamentação do Direito e, enfim, uma teoria da argumentação jurídica volvida primariamente para o problema, para o caso concreto, para o conceito de 'compreensão prévia', (Vorverstandnis), único apto a fundamentar um sistema material do direito, em contraste com o sistema formal do dedutivismo lógico, carente de semelhante fundamentação."

Na direção de Marmelstein (obra citada), esta forma de interpretação é compatível com o sistema difuso de constitucionalidade, para o qual, reporta a responsabilidade do juiz de efetuar uma "análise sob a ótica de compatibilidade dos atos infraconstitucionais com a Constituição, invalidando, os que forem incompatíveis, com efeitos apenas para aquele caso específico."

Em consequência, afirmar-se-á que "o controle difuso é concreto ou incidental ou indireto", posto que, a análise da constitucionalidade possui importância acessória dentro do caso específico. Assim sendo, além deste modelo, no Brasil, aplica-se também, o controle

concentrado de constitucionalidade, por via direta em decisão do STF, ou seja, o sistema de controle brasileiro é misto.

Em conformidade, Ferreira Filho (obra citada), define o controle de constitucionalidade como, “a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição”. Da mesma maneira, no que reporta a natureza do órgão responsável acerca das questões de constitucionalidade, o controle pode ocorrer, por meio do *controle político*, que ocorre sempre que a verificação da constitucionalidade, é efetuada por órgão que não pertença ao Poder Judiciário, de forma, que a segunda forma de controle de constitucionalidade, denominada *controle judiciário*, ocorre sempre, que este controle seja exercido através de órgão do próprio Poder Judiciário.

Em outra diretriz, com relação ao sistema concentrado (fechado), tal operação ocorre de maneira que, apenas o STF se encarrega de fiscalizar e efetivar tal controle, de forma abstrata, visto que, não possuem qualquer vinculação a um caso em específico, através da ADI ou da ADC, expressas na Lei 9.868/99, ou por meio da ADPF, instituída pela Lei 9.882/99. Como regra geral, tal decisões produzem efeitos *ex tunc, erga omnes e vinculante*. Em consequência, enfatiza Alexandrino (obra citada), para o qual, o sistema concentrado ou reservado, são reservados, para os casos em que:

“(...) a competência para realizar o controle de constitucionalidade é outorgada somente a um órgão de natureza jurisdicional (ou, excepcionalmente, a um número limitado de órgãos). Esse órgão poderá exercer, simultaneamente, as atribuições de jurisdição e de controle de constitucionalidade das leis, ou, então, exclusivamente esta última tarefa.”

Para Marmelstein (obra citada), a importância do controle difuso reside no fato de que, uma norma pode ser “abstratamente constitucional/proporcional/válida, mas na casuística, pode gerar efeitos indesejados, cabendo ao juiz, através do controle difuso, corrigir essas situações de injustiças pontuais na aplicação da norma.”

Exemplificativamente pode-se citar o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que refere-se, a pessoa portadora de deficiência ou idosa, que receba renda mensal inferior a ¼ do salário mínimo por pessoa, considerando-a incapaz de prover-se, nestas circunstâncias, ocorre, porém, que em decisões proferidas por Ministros do STF, como Cármen Lúcia (STF, Rcl nº 3.805/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18/10/2006), bem como, Gilmar Mendes (STF, Rcl nº 4.374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 01/02/2007), ensejam um novo sentido para tal lei, evidenciado na direção de que, tais circunstâncias devem ser aferidas não apenas diante dos fatos expressos pela norma (lei em específico), mas também, por características concretas demonstradas no decorrer do processo, de igual intensidade jurídica para a decisão.

Salienta-se porém, que todo o juiz na casuística específica, deve priorizar pelos direitos fundamentais, com base na justiça, e nos valores constitucionais. Dessarte, por mais

que haja decisão declarada por meio do STF, através do controle concentrado (com efeito vinculante, erga omnes e ex nunc), sobre a constitucionalidade de determinada norma, cabe ao juiz, na aplicação ao caso concreto, analisar a procedência de tal decisão ou não, posto que, diante de uma flagrante injustiça, incompatível com os valores constitucionais, o mesmo deve afastar a aplicação de tal normativa ao caso, apresentando justificativas concretas para o afastamento de tal prerrogativa.

Deste modo, o mesmo raciocínio cabe as súmulas vinculantes, em virtude de que, as mesmas devem ser afastadas nos casos de comprometerem o caso em pauta, por inconstitucionalidade ainda pior que a evidenciada, no entanto, carece de justificativa detalhada acerca da decisão.

Assim sendo, no que concerne a esta forma de controle de constitucionalidade, o próprio, pode ser exercido por qualquer membro do Poder Judiciário, inclusive, sobre esta questão a Constituição Federal de 1988, exige a cláusula da reserva do Plenário, expressa no art. 97, que preleciona a maioria absoluta dos membros que compõe o Tribunal pleno ou órgão especial, como meio de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público. Em direção Schuller (obra citada), delimita:

“Suscitada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo perante um dos órgãos fracionários do Tribunal, cabe a este, caso entenda procedente a arguição, encaminhá-la ao plenário ou órgão especial, para que este, aprecie a constitucionalidade em tese do ato ou lei em confronto. Caso a maioria absoluta entenda pela desconformidade de ato ou lei com a Constituição, será emitida declaração neste sentido e esta declaração vinculará ao órgão fracionário (Turma ou Câmara) na resolução daquele caso específico.”

Vem à baila neste instante, conforme Araújo (2011), em citação de Ishikawa (2011), que outra diferença entre os dois modelos refere-se ao procedimento a ser adotado na realização da averiguação da constitucionalidade da norma ao caso concreto, posto que, a inconstitucionalidade de uma norma deve ser arguida de forma incidental, no decurso do litígio em juízo, através do Poder Judiciário.

No entanto, ao que refere-se ao modelo concentrado, sua aplicação reside em especial, com base na supremacia da lei, bem como, na separação dos poderes, a qual exclui aos juízes a capacidade de avaliar a validade da lei, pois que, conforme afirmação de Lamy (2005), também citada pela referida autora, preleciona no sentido de que, os juízes devem ter como prerrogativas, a premissa de que, as leis existentes são benéficas, no entanto, “perante a dúvida devem suspender o processo para arguir a questão constitucional perante o Tribunal Constitucional.”

Em conformidade com os referidos autores, agrega-se o posicionamento de Lenza (2010), no sentido de que, no que refere-se ao aspecto funcional, a diferença encontra-se, no

fato de que, conforme o modelo difuso, a decisão possui caráter declaratório de situação pré-existente, com efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*.

Já, no que refere-se ao sistema concentrado, a decisão possui caráter constitutivo-negativo, com efeitos prospectivos, ou seja, *ex nunc*. Em consequência, a análise da constitucionalidade do ato normativo é questão prejudicial que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário para o desfecho do caso em específico, ou seja, é considerada como causa de pedir, nunca como razão principal.

No entanto, Ferreira Filho (obra citada), em contrapartida deste posicionamento, dispõe que, “durante muito tempo só se admitiu que a questão de constitucionalidade de uma lei viesse a ser examinada por um juiz como *exceção*”, fato o qual, apresentava o inconveniente de possibilitarem aos juízes diferentes posicionamentos de validade de uma norma, em razão de que, suas decisões possuem efeitos particulares ou *inter partes*, ocasionando uma incerteza quanto ao direito, até que ocorra uma decisão por meio de um Tribunal Superior.

Como solução deste conflito, surgiu nos Estados Unidos o denominado controle principal, cujo qual, da mesma forma que o controle concentrado, efetua-se por ação direta, que objetiva a verificação da inconstitucionalidade de uma lei, apresentada ao Tribunal Superior ou ao Tribunal Especializado, onde a incerteza da questão será decidida, com efeito geral e *erga omnes*.

Disso deflui que, no que reporta a natureza do ato, o referido autor o classifica de acordo com a doutrina clássica, que provém de Marshall, na direção de que, sendo considerado nulo o ato inconstitucional, a decisão decorrente será *declaratória*. Já no sentido da “doutrina kelseniana, sendo anulável, *ex tunc*, o ato inconstitucional, a decisão caracterizante, o desconstitui, ou seja, desfaz. Tem caráter *desconstitutivo*, ou, como alguns preferem, constitutivo-negativo.”

Em conclusão no modelo brasileiro, tanto se estabelece o controle de constitucionalidade preventivo, quanto o repressivo, (confiado ao judiciário) deste modo:

“O primeiro é atribuído ao Presidente da República, que o exerce por intermédio do veto. Com efeito, o art. 66, § 1º, autoriza o Presidente a vetar o projeto de lei que lhe parecer inconstitucional. Esse veto, contudo, pode ser superado pelo Congresso Nacional (art. 66, § 4º). Esta deliberação do Congresso não exclui a possibilidade de a questão ser examinada pelo Judiciário e por este ser reconhecida a inconstitucionalidade”.

Acentuada esta questão, passar-se-á ao tópico principal do respectivo trabalho, ou seja, ao objetivo específico de efetuar a análise da possibilidade de relatividade ou mesmo de restrições aos direitos fundamentais.

5 POSSIBILIDADE DE RELATIVIDADE E/OU RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme Moraes (2013), os direitos fundamentais não podem ser utilizados como um *escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, como também, afirma o Supremo Tribunal Federal (RT, 709/418), que os mesmos, não podem ser aplicados como argumento para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de estarem desrespeitando o Estado de Direito, assim sendo, os direitos fundamentados na Constituição possuem limitações dentro das próprias garantias constitucionais, conforme o *princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*.

Nesta acepção, para os casos de conflitos entre direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deverá fazer uso do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, com a intenção de coordenar e harmonizar os bens jurídicos conflitantes, evitando o sacrifício total de uns, em virtude de outros, realizando, então, uma redução proporcional no âmbito de alcance de cada qual.

Neste sentido, Quiroga Lavié (1993), citado por Moraes (obra citada) acentua que, os direitos fundamentais tiveram origem com a intenção de reduzir, a ação do Estado aos limites definidos constitucionalmente, respeitando porém, a subordinação natural do indivíduo ao Estado, como meio de que, os mesmos, se harmonizem aos limites impostos por um Estado de Direito. Neste sentido enfatiza o Superior Tribunal de Justiça que:

“(...)está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas.” (6ª T.- RHC nº 2.777-0/RJ-rel. Min. Pedro Aciole- Emantário STJ, 08/721).

Salienta-se, no entanto, que não basta a existência de uma lei, para tornar legítima uma ação de interferência no âmbito de direitos e liberdades individuais, necessita-se, primeiramente, que tal ação, seja adequada a situação, isto é, proporcional e justificada, através, do interesse público, assim como, que atenda ao critério de razoabilidade.

Consequentemente, por via da observância da proporcionalidade, convém analisar a legitimidade dos objetivos procurados pelo legislador, como também, a necessidade de sua utilização, deste modo, “a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e aos objetivos pretendidos”, como expressa Moraes (obra citada).

Nesta diretriz, Mendes e Branco (2012), dispõem que, “o exercício dos direitos individuais podem dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.”

Deste jeito, por meio do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, abordam-se diferentes pressupostos fáticos e jurídicos concebidos na norma jurídica, que concluem na proteção fundamental, logo, determinam os bens ou objetos protegidos e garantidos por meio dos direitos fundamentais.

Conforme a concepção de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012), o âmbito de proteção nada mais é do que, “aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental”, ou mesmo, o “*uso do direito fundamental* ou ainda o *exercício do direito fundamental*”, no sentido mais amplo possível, devido ao fato de que os próprios, referem-se não apenas à atuação, mas também, à omissão e em certas ocasiões, ao “simples encontrar-se” dos direitos fundamentais. Neste sentido, dispõe os referidos autores:

“Este é o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais, o *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais. Por vezes, também se lhe chama *âmbito normativo* do direito fundamental, isto é, o domínio que a norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida como objeto de proteção. Quando falamos de *âmbito de regulação*, tem-se em vista não o âmbito de proteção, mas o domínio da vida a que se aplica o direito fundamental e em que só ele vem determinar o âmbito de proteção.”

Nesta direção, em conformidade com Mendes e Branco (obra citada), no que reporta a certos direitos individuais, “como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária”, por exemplo, os próprios, “são dotados de *âmbito de proteção* estritamente normativo”, o que ignifica dizer, que cabe apenas ao legislador definir a amplitude e a conformação de tais direitos, ainda nesta questão, acerca do âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se necessário haver uma identificação “não apenas do objeto de proteção, como também, contra que tipo de agressão ou restrição se outorga esta proteção.”

Isso consiste em dizer que “o *âmbito de proteção* não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*, garantindo-se, a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional”. Em sua acepção:

“Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo”.

Neste curso, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (obra citada), reforçam, na direção de que, esta proteção efetuada por meio dos direitos fundamentais ao indivíduo produz efeitos, primeiramente, *subjetivos*, da mesma forma, ao lado do significado jurídico-subjetivo, como meio de reforçar, ou seja, ampliar seu âmbito de proteção, emerge o efeito jurídico-objetivo.

De acordo com Mendes e Branco (obra citada), a definição do âmbito de proteção de determinado direito fundamental, prenuncia um renovado e constante esforço herme-

nêutico, destarte, esse processo não possui aferição por regras gerais, exigindo então, para cada direito em específico, um determinado procedimento, não obstante, como meio de sistematizar tal definição, demanda uma análise da norma constitucional tendo como base:

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

Dessa forma, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (obra citada), salientam que, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menos o Estado conflitará acerca dos direitos fundamentais. Desta maneira, nenhuma ideologia vem a favor do alargamento do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como, do contrário, também não ocorre.

No entanto, na disposição de Mendes e Branco (obra citada), a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais vem expressamente prevista em seu núcleo, por meio do princípio da reserva legal, no art. 5º inc. II, bem como, nos incs. XII e XV, por exemplo. Salienta-se, porém, que uma norma restritiva de direitos contempla em seu âmago, os seguintes itens, “(a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado.” Nesta percepção, analisando os diferentes sistemas jurídicos, Ferreira Filho (2012), destaca:

“(...) dois sistemas principais são consagrados nas Constituições atuais para enfrentar os períodos de crise política. Um, o que prepondera na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, que seguem de perto as tradições de seu Direito: é o da ‘lei marcial’; outro, o que se prefere nos países de direito escrito, o ‘estado de sítio’. Além desses sistemas, há um terceiro, menos praticado, o das ‘ditaduras constitucionais’, de que a romana foi o exemplo clássico, mas que tem seu equivalente na prática, já moderna, da suspensão da Constituição”.

Nesta razão, Moraes (obra citada) dispõe que, nos demais ordenamentos jurídicos, ocorreu uma adaptação das normas constitucionais para os casos de situações emergenciais, bem como, a inserção de emendas nas Constituições, como forma de disciplinar a temática, dado que, na diretriz de Cicero (2000), “é preferível um remédio que cure as partes defeituosas da democracia, do que um que as ampute”.

Conforme esta orientação, evidencia-se que as limitações ao poder estatal, expressas no rol das liberdades públicas, apenas se concretizam em tempos de normalidade, já que, nos momentos de crises, as mesmas impossibilitariam qualquer reação de manutenção da soberania estatal. De acordo com esta lógica, Moraes (obra citada), salienta acerca da preeminência do Poder Executivo em tempos de crise. Em vista de o próprio possuir todos os

elementos necessários a avaliação da situação em concreto, e depois, por ser o órgão responsável por assegurar a ação do Estado.

Dessa forma encontra-se no ordenamento jurídico brasileiro duas medidas excepcionais para a restauração da ordem em momentos de dificuldades, o *estado de defesa* e o *estado de sítio*, garantindo até mesmo a suspensão pelo Presidente da República de determinadas garantias constitucionais, ampliando o poder repressivo do Estado, em justificativa da gravidade da perturbação da ordem pública.

Assim, no sentido de Lavié (1993), suspender não importa em extinguir. Então, a excepcionalidade da suspensão ou restrição de direitos fundamentais é autorizada por diversos textos constitucionais, em situações anormais e temporárias, como medida protetiva ao Estado Democrático de Direito, frente a ameaças à ordem democrática (isto é, quando, apresente os requisitos específicos).

Nesta medida, no regime presidencialista brasileiro, desde 1891, isto é, na primeira Constituição Republicana, já continha expressão da possibilidade, por parte do Presidente da República, de decretar o estado de sítio. Tradição esta, que foi mantida na Constituição de 1934, na Constituição de 1937, na Constituição de 1946, onde sofreu alteração da denominação para *estado de emergência* ou *estado de guerra*, na Constituição de 1967, que retornou a nomenclatura original e por fim por meio da EC nº 01/69, que expressava *estado de sítio* ou *estado de emergência*.

Por conseguinte, na direção do referido autor, a Constituição de 1988, prevê em seu texto, em situações excepcionais de gravidade, a possibilidade de supressão ou restrição temporária de direitos e garantias fundamentais, garantido, no entanto, a responsabilização do agente público em caso de utilização de tal medida de maneira injustificada ou arbitrária, acerca disso, Bueno (1958), enfatiza, que tal forma é de tal importância que nem ao menos deveria ser aceita, posto que é um ato anormal. Em distinção ao estado de defesa e estado de sítio, Moraes (obra citada), apresenta:

“O *estado de defesa* é uma modalidade mais branda de Estado de sítio e corresponde as antigas *medidas de emergência* do direito constitucional anterior e não exige, para sua decretação por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais.”

Nessa hipótese poderão ser restringidos o art. 5º inc. XII, ou seja, o sigilo da correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas, bem como, o direito a reunião (XVI), e ainda, (LXI), a exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem de autoridade judicial competente. Já no que concerne ao *estado de sítio*, o mencionado autor o define como sendo:

“(…) a suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, apresentando maior gravidade do que o Estado de defesa e, *obrigatoriamente*, o Presidente da República deverá solicitar autorização da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para decretá-lo.”

Para os casos de decretação de estado de sítio, os direitos e garantias individuais que poderão ser restringidos, são a inviolabilidade domiciliar (art. 5º, inc.XI), sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e de telefone (inc. XII), direito de reunião (XVI), direito de propriedade (XXV), exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem de autoridade judicial competente (LXI), e ainda, a liberdade de manifestação do pensamento, também, a criação, a expressão e a informação (art. 220).

No entanto, caso o estado de sítio seja declarado em consequência de declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (art. 137, inc. II), torna-se possível a restrição de todos os direitos e garantias constitucionais, apresentando três requisitos indispensáveis para tal resultado, sendo eles, que a necessidade para “à efetivação da medida, tenham sido objeto de deliberação por parte do Congresso Nacional no momento da autorização da medida; devem estar expressamente previstos no decreto presidencial nacional.”

Salienta-se no entanto, acerca da impossibilidade de supressão ou restrição de todos os direitos e garantias fundamentais, devido ao fato de que, o Estado estaria incorrendo em arbitrariedade e anarquia, verificável no fato de que, direitos como a vida são indiscutíveis.

Ocorre que, mesmo decretado estado de sítio ou de defesa, a Constituição continua exercendo o poder soberano sobre o Estado, situação a qual, direciona ao controle de constitucionalidade sobre o Poder Público, efetuados por meio do Poder Judiciário, em prevenção a abusos e ilegalidades, posto que, a excepcionalidade da medida, nunca resultará no total extermínio dos direitos e garantias individuais, como salienta Mello (1986), bem como Ferreira Filho (obra citada).

De acordo com Teixeira (1991), as situações emergenciais legalizam regimes de exceção, entretanto, não autorizam a inconstitucionalidade, a ilegalidade, a arbitrariedade e a anarquia, os mesmos, se caracterizam, apenas, em um “regime jurídico especial para situações excepcionais, em que alguns bens ou esferas de liberdade são provisoriamente sacrificados no interesse superior da ordem e da segurança do Estado e, em última análise, da liberdade e da segurança dos próprios cidadãos.”

Por via do âmbito internacional, também encontra-se expressão de limitações ou suspensões à direitos e garantias fundamentais, é o que expressa, por exemplo, por meio do Pacto de São José da Costa Rica, o qual prevê, tal direção para os casos de guerra, de perigo público ou mesmo de outra emergência que venha a ameaçar a independência ou a segurança do Estado-parte.

Expresso em seu texto encontra-se a possibilidade de supressão de direitos como os de reconhecimento da personalidade jurídica, direito à vida, à integridade pessoal, como

também, a restrição da proibição da escravidão e da servidão; assim como, a possibilidade de limitação dos princípios da legalidade e da retroatividade, a retenção da liberdade de consciência e de religião, a circunscrição dos direitos ao nome, da criança, de nacionalidade, e até mesmo a contenção da proteção à família e dos direitos políticos.

Igualmente, determina que, qualquer Estado-parte, que venha a fazer uso do direito de suspensão, necessita comunicar aos outros Estados-partes, por meio do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, e também, informar as disposições que tenha suspenso seus efeitos e os motivos que determinaram tal atitude, assim como, a data em que tenha dado para a conclusão de tal medida excepcional.

Diante disso, passar-se-á a apresentar as duas teorias acerca das restrições do direitos fundamentais, como meio lógico para o estabelecimento de tais restrições.

6 TEORIA INTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a teoria interna, a delimitação das restrições aos direitos fundamentais ocorre em processo interno, isto é, os aspectos externos não interferem em seu conteúdo, impossibilitando por tanto a existência de colisão entre os mesmos, esta aceção se insere na questão de que, o direito cessaria aonde começaria o abuso. Sbrissia (2013) afirma no sentido de que, “estes direitos terão sempre a estrutura de regras. A norma será sempre aplicada quando a hipótese prevista por ela ocorrer, e, diante disso, terá validade estrita”, ou seja, na verdade, não se trata de restrições, mas sim, de limites expressos por meio do constituinte originário.

Em consonância com a Teoria Institucional (teoria interna), abordar-se-á a atenção com o conteúdo essencial, associado aos limites dos direitos fundamentais. Para obtenção de tal resultado, Silva (2009) utiliza-se, da teoria de Haberle, para qual, os direitos fundamentais de liberdade abandonam seu caráter de individualidade, para tornarem-se sociais, para o mesmo, a liberdade não seria algo inato do ser humano, e sim algo positivado por meio do direito, neste sentido, a atividade estatal não a restringiria, apenas impor limites em seu conteúdo e abrangência.

Portanto, na concepção da teoria interna, não existem fatores externos que viessem a influenciar nas restrições de tais direitos, devido ao fato de que, para a mesma não haveria o sopesamento de princípios. Neste sentido, Branco e Mendes (obra citada), enfatizam, que para a própria, não existiriam “conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a ideia de direito individual com determinado conteúdo.” Ou seja, “a ideia de *restrição* passa a ser substituída pela de *limite*”.

Em citação a Alexy, os mesmos enfatizam que, “eventual dúvida sobre o limite do direito não se confunde com a dúvida sobre a amplitude das restrições que lhe devem ser

impostas, mas diz respeito, ao próprio conteúdo do direito.” Isso exposto, passar-se-á a abordar a contraposição desta teoria, ou seja, a teoria externa.

7 TEORIA EXTERNA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria externa possui relação direta com a teoria dos princípios, proposta por Ronald Dworkin, cuja qual, possui como adeptos, doutrinadores como Alexy (2008), cuja mesma, finda no o objetivo de estabelecer a distinção entre as regras e a aferição de normatividade aos princípios, que para o autor, os princípios consistem em “algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, neste sentido, eles não contém um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”.

Para Mendes e Branco (obra citada), tal teoria, admitiria “que entre a ideia de direito individual e a ideia de restrição, existe uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos.”

Conseqüentemente, Alexy estabelece que, entre a *teoria interna* e a *teoria externa* existe mais diversidades do que a terminológica ou mesmo a conceitual, por conseguinte, uma corrente que possua uma concepção individualista da sociedade, penderia para o entendimento da teoria externa, neste sentido, aquele que compreender o ser humano, no gênero social, defenderá a teoria interna, ou seja, a adoção de uma ou de outra teoria dependerá do posicionamento que o indivíduo possa ter, acerca dos direitos individuais.

Nesta diretriz, ao agregar-se a ideia de que os direitos individuais expressam posições definitivas, então caberá a aplicação da teoria interna, no entanto, caso se faça o entendimento de que os direitos fundamentais apenas criam posicionamentos “*prima facie*”, então, será adaptável a teoria externa.

Bem como, tem-se também a consideração, ainda elencada por Alexy (obra citada), a partir da pressuposição de que as normas de direitos fundamentais se dividem em princípios ou regras, considerando-as como princípios, assenta-se a teoria externa, de outro modo, consideradas como regras agrega-se a teoria interna. Dito isso, abordar-se-á neste momento as jurisprudências do STF acerca da temática.

8 DEFINIÇÕES CONCLUSIVAS

Em conclusão é verificável que mesmo os direitos fundamentais, sendo soberanos dentro da constituição, os próprios podem sofrer restrições ou até limitações, as quais podem vir descritas no próprio texto constitucional, bem como, podem ser verificável na casuística em concreto, desde que em observância a requisitos como a legalidade e a necessidade de tais prerrogativas, dentre as medidas, elencam-se o estado de sítio e o estado de emergência, ocorre porém, que apenas poderá ocorrer limitações de direitos, em virtude da segurança da país e dos próprios cidadãos.

Assim, convém destacar, que mesmo o país estando em alguns destes estados de emergências, a Constituição Federal continuará exercendo poder soberano, porém de forma mais singela, no entanto, o indivíduo em hipótese alguma se encontrará totalmente desassistido de seus direitos.

Também, importa conferir, que o Poder Judiciário, terá legitimidade de ação, mesmo nestes estados de calamidade, exercendo por tanto, o controle da arbitrariedade, ou ilegalidades efetuadas neste regime, que terão formalidades a serem respeitadas para seu estabelecimento, as quais incluem, as espécies de direitos que poderão ser limitados, bem como, a data para a finitude de tal estado, e também as localidades e profundidade, que tal medida atingirá a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Ed. Traduzida por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008
- BARBOSA, Rui. Discurso de posse no lugar de sócio do Instituto dos Advogados. In: LACERDA, Virgínia Cortes de (seleção, organização e notas). *Rui Barbosa – escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- Cícero. *Manual do candidato as eleições*. Carta de um bom administrador e pensamentos políticos selecionados. São Paulo: Nova Alexandria, 2000.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Bueno, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da justiça e negócios interiores, 1958.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ISHIKAWA, Elaine Yukiro. *Distinções marcantes entre o modelo difuso e o modelo concentrado de constitucionalidade*. Retirado de: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6632, Acesso em 20.01.2013
- Lavié, Humberto Quiroga. *Derecho constitucional*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: parte geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da constituição da república federativa do brasil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 4. ed., São Paulo: Método, 2009.

Pieroth, Bodo e Bernhard Schlink. *Direitos fundamentais*. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

Pinho, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

SBRISSA, Larissa Fischer. *A efetividade dos direitos fundamentais frente a reserva do possível*. Retirado de: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/larissa-fischer-sbrissia.pdf> Acesso em: 20/01/2013.

SCHUELLER, Larissa Pinheiro. *Controle difuso de constitucionalidade*. Retirado de: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_140.pdf. Acesso em 20.01.2014.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

VASCONSELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.