

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE VISTO SOB A PERSPECTIVA DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NA RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY SEEN UNDER THE PERSPECTIVE OF PROHIBITION OF EXCESS IN THE RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Caroline Dambrós Marçal¹

RESUMO: A inclusão dos Direitos e Garantias Fundamentais logo no início do texto da Constituição Federal de 1988 denota a importância que lhes é atribuída. A amplitude do artigo que os garante, reforça a posição de destaque conferida. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e continuidade da Constituição, de modo que qualquer reforma tendente a aboli-los é considerada ilegítima. Entretanto, embora impassíveis de supressão ou reforma, estes direitos não são totalmente inatingíveis, haja vista que frente a conflitos entre eles próprios, ou com princípios e valores constitucionalmente protegidos, referidos direitos podem sofrer restrições. Ocorre que estas restrições não podem de maneira alguma ocorrer de forma desproporcional ou desarrazoada, e é nesta senda que surge o princípio da proporcionalidade visto sob a perspectiva da proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais, voltado a garantir que as restrições não excedam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que permaneça garantida a dignidade da pessoa humana, bem como os demais princípios constitucionais a ela relativos. Palavras-chave: Direitos fundamentais, princípios constitucionais, restrição genérica, princípio da proporcionalidade, proibição do excesso.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; princípios constitucionais; princípio da proporcionalidade, proibição do excesso.

ABSTRACT: The inclusion of Fundamental Rights and Assurances in the beginning of the text of the Federal Constitution of 1988 denotes the relevance which are assigned to them. The extent of the article assures, reinforces its featured position. Fundamental Rights are the integrating elements of identity and continuity of the Constitution, in a way that any amendment to abolish them is considered illegitimate. However, although impassible of suppression or reform, these rights are not legally untangible, considering there are conflicts between themselves, or with another constitutional principles or values. Then these rights could suffer some restrictions. Notwithstanding, these restrictions can't in any way occur in an unreasonable or disproportionate manner. It is in this matter that rises the principle of proportionality under the perspective of prohibition of excess in the restriction of fundamental rights, assuring that upcoming restrictions doesn't exceed the essential core of those rights, in a way that the dignity of the human person remains assured, as well as other constitutional principles related to such.

KEY-WORDS: Fundamental Rights; Constitutional Principles; Principle of Proportionality; Prohibition of Excess.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC campus de Xanxerê (2011). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (2013). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Pós Graduação e Extensão - IBPEX (2016). Atualmente é advogada do Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS, de Pato Branco/PR.; e-mail: caroline.marcal@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são espécies de normas constitucionais, portanto, de direito público, que regulam as relações dos indivíduos com o Estado, estabelecendo os valores da ordem Democrática do Estado de Direito e as garantias mínimas de dignidade aos cidadãos.

No ordenamento jurídico brasileiro estes direitos são considerados cláusulas pétreas, sendo vedada qualquer possibilidade de proposta a emenda constitucional tendente a aboli-los.

No entanto, embora fundamentais e inabolíveis, em determinadas circunstâncias a própria Constituição Federal, bem como a legislação infraconstitucional, estabelecem restrições a estes direitos.

Referidas restrições não são necessariamente ilegítimas. Desde que proporcionais e razoáveis, são importantes para a conformação da norma com a realidade e para harmonização dos direitos e garantias da totalidade dos seus destinatários. O problema surge quando as restrições acabam por tornarem-se excessivas e violadoras de princípios constitucionais mínimos.

Nesta senda é que surge a importância da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, para que seja possível garanti-los de modo eficaz e razoável.

O objeto do presente estudo é exatamente a análise de alguns casos de restrição a direitos fundamentais e da postura do Supremo Tribunal Federal perante estas, bem como de seu posicionamento acerca da proibição do excesso e da restrição genérica frente ao princípio da proporcionalidade.

As jurisprudências coletadas referem-se aos direitos de liberdade, mas os votos trazem um estudo profundo acerca do princípio da proporcionalidade, cuja utilização é basilar frente a existência de qualquer conflito entre direitos de modo geral.

O presente trabalho, portanto, baseia-se no procedimento metodológico de análise documental, notadamente investigação bibliográfica e jurisprudencial, realizada por meio de pesquisa com fins de investigação explicativa, utilizando-se do método categórico-dedutivo, com uma abordagem hermenêutica do referencial teórico.

O tema desenvolve-se por meio de cinco tópicos principais, de modo que o primeiro destina-se a definir direitos e garantias fundamentais, bem como sua abrangência, importância e seus principais elementos. O segundo tópico alude às circunstâncias e possibilidades de restrição ou relativização dos direitos fundamentais, e visa instrumentalizar o terceiro, referente ao princípio da proporcionalidade como proibição do excesso. O quarto tópico foca na garantia

do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, por fim, o quinto tópico destina-se a análise jurisprudencial e a postura do Supremo Tribunal Federal frente as restrições dos direitos fundamentais.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO OU RESTRIÇÃO

Os Direitos e Garantias Fundamentais fazem parte do Direito Constitucional Brasileiro, o qual se trata de um ramo do Direito Público destinado à organização e ao funcionamento do Estado, ao estabelecimento das bases de sua estrutura política, a organização de suas instituições e órgãos, e o modo de aquisição e limitação do poder (MORAES, 2007).

Esta categoria de direitos é um produto das Revoluções Burguesas do final do século XVIII e constituem uma forma histórica de proteção jurídica da liberdade e limitação do poder estatal (GRIMM, 2006).

Previstos no Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os Direitos e Garantias Fundamentais dividem-se em cinco Capítulos, e são classificados pela doutrina em gerações ou dimensões.

Na primeira dimensão situam-se os direitos individuais, que delimitam a esfera de proteção dos indivíduos contra o poder do Estado, bem como os direitos políticos, que refletem os direitos de nacionalidade e os de participação política. Na segunda dimensão encontram-se os direitos sociais, econômicos e culturais. Na terceira dimensão estão presentes os direitos coletivos e difusos. Fala-se, ainda, em uma quarta dimensão, que abrigaria o direito à democracia e ao desenvolvimento (BAROSO, 2011).

Direitos e Garantias fundamentais ocupam posição de destaque no texto constitucional brasileiro, surgindo logo no início da carta magna, como elementos integrantes da identidade e continuidade da Constituição, protegidos contra qualquer reforma tendente a suprimi-los ou a alterar seu núcleo essencial, notadamente os direitos e garantias individuais, garantidos pelo art. 60, § 4º que define as chamadas cláusulas pétreas (MENDES, 2009).

As expressões “Direitos” e “Garantias” Fundamentais possuem significados diversos, de modo que os direitos são considerados como vantagens, benefícios ou prerrogativas, são a possibilidade de exercer poderes e de exigir condutas, ao passo que as garantias consistem nos instrumentos, instituições, condições materiais ou procedimentos colocados à disposição dos titulares dos direitos para promovê-los, resguardá-los ou repará-los (BARROSO, 2011).

A finalidade primordial dos Direitos e Garantias Fundamentais consiste na proteção da dignidade da pessoa humana, através da limitação do poder e arbítrio estatal, e do estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana (MORAES, 2007).

Sarlet (2007, p. 91), ao referir-se aos Direitos Fundamentais define-os como sendo “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...] integradas ao texto da Constituição”.

Para Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 2):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo [...] concebido como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

O sistema de direitos fundamentais é complexo e recomenda esforços a fim de que se precise os seus elementos essenciais, notadamente no que atine à identificação do âmbito de proteção e às restrições ou limitações legais aplicáveis a tais direitos (MENDES, 2009).

Importam-nos, no presente estudo, os direitos fundamentais de primeira dimensão, que estão previstos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e dispostos em um rol de 78 incisos e quatro parágrafos.

Exatamente pelo amplo papel desempenhado pela Constituição Federal, em diversas situações é possível deparar-se com conflitos entre direitos, bens e valores constitucionalmente protegidos. Esta colisão pode ocorrer em diversas esferas e a solução é encontrada por meio da tentativa de compatibilização das normas conflitantes, através de regras de hermenêutica constitucional a serem aplicadas pelo intérprete, as quais são amplamente discutidas pela doutrina (MORAES, 2007).

Dentre as várias espécies de direitos e bens constitucionais que colidem em determinadas situações, encontram-se os Direitos e Garantias Fundamentais, na medida em que garantir um direito, muitas vezes implica em violar outro.

Todo direito fundamental possui um âmbito de proteção, e, em princípio, também está sujeito a intervenções neste âmbito. Deste modo, para a realização normativa dos direitos fundamentais, mister se faz entender as seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção,

limites e limites aos limites dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013)

A definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009), faz-se por meio da análise singular de cada direito individual, a partir a identificação de seu objeto de proteção (o que é efetivamente protegido?) e da determinação de contra que tipo de agressão ou restrição se outorga esta proteção, bem como da verificação das possíveis restrições já expressas constitucionalmente.

É certo que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, e a ideia de que eles não são absolutos tem sido amplamente aceita no Direito Constitucional contemporâneo. Contudo, o fato de existirem limites ou restrições a um direito, oculta diversos problemas resultantes da determinação do significado desses limites e da distinção do que sejam uma limitação e outras atividades normativas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Os limites aos direitos fundamentais são reflexos das ações ou omissões dos poderes públicos, ou de particulares, que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, de modo a afetar o exercício do direito, ou diminuindo os deveres estatais de garantia e promoção que resultem dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Acerca dos limites aos limites dos direitos fundamentais, é certo que eventuais restrições somente podem ser consideradas justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição. No plano formal destaca-se a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já no que concerne ao plano material, deve prevalecer a observância da proteção do núcleo essencial, ou seja, do conteúdo desses direitos, bem como atender-se “as exigências da proporcionalidade e razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição do retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem função de limites aos limites dos direitos fundamentais.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 347).

Delimitado, portanto, o âmbito de proteção, garante-se a possibilidade de que determinada situação tenha sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional, mas não significa necessariamente proteção efetiva e definitiva (MENDES, 2009).

Deste modo, a restrição de direitos e garantias fundamentais não depende apenas da existência de lei que intervenha neste âmbito. É necessário e imperioso que qualquer restrição seja proporcional, razoável e adequada, justificada pelo interesse público, ponderando-se a restrição imposta e os objetivos com ela pretendidos (MORAES, 2007).

Alexy (2012) afirma que a problemática envolvendo a restrição de direitos fundamentais consiste na definição do conteúdo e da dimensão destas restrições, bem como na distinção entre restrições e regulamentações, configurações ou concretizações.

Para Gilmar Mendes (2009), por tratarem-se os direitos fundamentais de direitos de hierarquia constitucional, sua limitação deve ocorrer por expressa disposição da própria Constituição, o que configuraria espécie de restrição imediata, ou, mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na Constituição Federal, configurando restrição mediata.

Deste modo, para que uma norma restrinja um direito fundamental, deve ela possuir compatibilidade com a Constituição, pois, se inconstitucional, possuirá natureza apenas de intervenção (ALEXY, 2012).

Com efeito, não é possível ao Constituinte, tampouco ao legislador, prever e regular todas as colisões de direitos fundamentais, principalmente em razão de as situações de colisão de direitos afigurarem-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira, decorrentes do alargamento do âmbito de proteção dos direitos fundamentais trazido pela Constituição Federal de 1988. Deste modo, surge a “necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 346).

Neste contexto, imperioso destacar a importância dos métodos de integração e interpretação constitucional, tal como assevera Michel Temer (2008, p. 25):

[...] a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando ênfase, porém para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras.

Notadamente no caso dos Direitos e Garantias Fundamentais, principalmente no tocante àqueles considerados cláusulas pétreas pelo art. 60, §4^o da Constituição, o conflito torna-se bastante tormentoso, mas, mesmo assim, possível e legítimo:

³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. (BRASIL, 1988)

[...] os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com sua mínima restrição [...] (LENZA, 2012, p. 962).

Em se tratando de relativização e restrição de direitos fundamentais, portanto, quanto maior o âmbito de proteção, maiores as possibilidades dos atos Estatais a ele relacionados serem considerados restritivos ou atentatórios. E quanto menor o âmbito de proteção, maior a liberdade do Estado no sentido de sua relativização (MENDES, 2009).

Deste modo, são os limites aos limites dos direitos fundamentais que exercem o papel de conter a restringibilidade destes direitos, garantindo sua eficácia em suas múltiplas dimensões e funções. No Brasil, a ausência de previsão expressa acerca destes limites aos limites consagrou os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para exercerem tal função (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Em se tratando, por conseguinte, de restrições a direitos, a doutrina constitucional mais moderna ressalta que se deve avaliar, além da admissibilidade constitucional da restrição, também a compatibilidade destas com o princípio da proporcionalidade (MENDES, 2009).

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DO EXCESSO

A proporcionalidade consiste em um importante princípio constitucional, notadamente frente a situações de ocorrência de colisão entre valores constitucionalizados. Inocêncio Martires Coelho (2007, p. 109) explica:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direito – muito embora possa aplicar-se também para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios –, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo, e valores afins; procede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Para Bonavides (2011, p. 393-395), o princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional por meio dos Direitos Fundamentais, e destina-se a instituir “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso [...]”.

O princípio da proporcionalidade se traduz no dever, tanto do intérprete, quanto de qualquer aplicador do direito, de guardar a “sempre almejada justa medida no trato intersubjetivo” (CASTRO, 2010).

A doutrina menciona a existência de três elementos que compõem o princípio da proporcionalidade: o primeiro é a pertinência ou aptidão, que consiste na verificação de se determinada medida é apta para atingir os fins a que se destina, de acordo com o interesse público; o segundo elemento é a necessidade, segundo o qual a medida não pode exceder os limites indispensáveis a conservação do fim legítimo que se almeja, ou seja, a medida, para ser admissível, deve ser necessária; o terceiro elemento consiste na proporcionalidade *stricto sensu*, que exige a manutenção de um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados (BONAVIDES, 2011).

No que concerne à proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade figura como um instrumento metódico dos atos comissivos e omissivos dos poderes públicos ou sujeitos privados. A atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela exigem do Estado uma atuação de modo a intervir tanto preventiva quanto repressivamente em situações de agressões a direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Efetivar os seus deveres de proteção a determinados direitos implica, ao Estado, muitas vezes, a violação de outros, que, em alguns casos, ocorre de forma desproporcional, principalmente quando se trata dos direitos de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. É exatamente nestas situações que o princípio da proporcionalidade surge como critério de controle de constitucionalidade das medidas que restringem direitos fundamentais, atuando assim, no plano da proibição do excesso, como limite às limitações dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

3. A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais refere-se a uma parcela do conteúdo de um direito, sem a qual ele acaba por perder sua mínima eficácia, deixando de ser considerado um direito fundamental. Esta garantia é que faz com que, mesmo quando o legislador esteja “constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permaneça vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 356).

Existem duas diferentes posições dogmáticas acerca da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A primeira é a chamada teoria absoluta, que compreende o núcleo essencial como uma unidade substancial autônoma, que independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de decisões legislativas de quaisquer espécies, como se houvesse dois espaços, um suscetível e um insuscetível de limitação – limite do limite. A segunda posição é a chamada teoria relativa, e entende que o núcleo essencial deve ser estabelecido individualmente em cada caso, em vista do objetivo almejado pela norma restritiva, de modo que núcleo seria aferido por meio da utilização da ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade (MENDES, 2009).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 358-359), acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais afirmam que este:

[...] não se confunde com o maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, assim como também a assim designada garantia do mínimo existencial, mesmo no caso dos direitos sociais, não pode ser pura e simplesmente identificada com o núcleo essencial de tais direitos, pelo menos não no sentido de que se trata de categorias absolutamente idênticas, o que, todavia, não significa que não haja uma relação entre tais figuras jurídicas. Por outro lado, é preciso enfatizar que a garantia do conteúdo (ou núcleo) essencial não equivale, pelo menos não necessariamente, a uma salvaguarda de um conteúdo mínimo, em outras palavras [...], a qualificação do conteúdo protegido em face das restrições se dá precipuamente não pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas, sim, pela circunstância de que está imune à ação do Poder Público, e, portanto, segue à disposição do titular do direito.

Destaca-se que não há jurisprudência tendencialmente uniforme em relação à adoção da teoria absoluta ou relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O autor Virgílio Afonso da Silva (2006), portanto, explica que este conteúdo essencial “é definido a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre direitos e suas restrições (teorias externa ou interna).”

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE VISTO SOB A PERSPECTIVA DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO NA RESTRIÇÃO GENÉRICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Casos práticos permitem o melhor entendimento das explicações teóricas. Nesta senda, oportuno analisar julgados que tragam em seus votos a relação entre a teoria e a prática, bem como todo o raciocínio utilizado para tal enquadramento.

Os julgados a seguir trazem exemplos de situações em que a restrição a um direito fundamental fora considerada excessiva, e o dispositivo violador, declarado inconstitucional.

O primeiro refere-se a vedação *in abstracto* da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito nos crimes tipificados no art. 33, *caput*, e §1º, bem como nos arts. 34 a 37, todos da lei de drogas:

HC 111844 E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE VISTO SOB A PERSPECTIVA DA “PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO, EM PARTE, DE OFÍCIO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 111844. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 24/04/ 2012).

No referido julgado, fora reconhecida a inconstitucionalidade da regra legal vedatória, fundamentada na ofensa a princípios constitucionais, de modo que fora analisado o dispositivo a luz destes princípios, integrando-se o texto constitucional com a legislação infraconstitucional em questão. A própria ementa faz referência ao princípio da proporcionalidade visto sob a perspectiva da proibição do excesso como fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado.

Ainda em sede de vedação da conversão de pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, no Habeas Corpus (HC) n. 97.256, o Relator, Ministro Ayres Brito, assevera que “[...] a Constituição da República [...] subtraiu do legislador comum a possibilidade de estabelecer constringências sobejantes daquelas já preestabelecidas pelo próprio legislador constituinte.” E prossegue garantindo que “[...] norma constitucional restritiva de direitos ou garantias fundamentais é de ser contidamente interpretada, inclusive em sua primária aplicação pelo legislador comum”.

O terceiro julgado refere-se também à lei 11.343/2006, mas com enfoque na vedação a concessão de liberdade provisória:

HC 104339 EMENTA: HABEAS CORPUS. 2. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE POR INFRAÇÃO AO ART. 33, CAPUT, C/C 40, III, DA LEI 11.343/2006. 3. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA (LEI N. 11.343/2006, ART. 44). 4. CONSTRIÇÃO CAUTELAR MANTIDA SOMENTE COM BASE NA PROIBIÇÃO LEGAL. 5. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 6. ORDEM CONCEDIDA, PARCIALMENTE, NOS TERMOS DA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 104339. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 10/05/ 2012).

O objeto do presente HC, nas palavras do Relator Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de uma proibição revestida de dignidade constitucional, que conflita com princípios também revestidos de dignidade constitucional.

A partir do problema exposto, o Relator, em seu voto, considera adequada a análise do conflito a partir de sua conformidade com o princípio constitucional da proporcionalidade, nos seguintes termos:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 104339. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 10/05/ 2012).

Ainda acerca da vedação da liberdade provisória nos crimes tipificados no art. 33 da Lei 11.343/2006, importante destacar as palavras do relator Ministro Celso de Mello no HC 99832:

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Sob esse aspecto, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. [...] A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas. (BRASIL, 2009)

Os julgados ora coletadas denotam claramente a preocupação do Supremo Tribunal Federal no tange as restrições desproporcionais e arrazoadas dos direitos fundamentais, preocupação esta fundamentada na ofensa a princípios constitucionais que visam a máxima garantia de direitos, bem como a proteção dos cidadãos contra abusos e arbitrariedades estatais. Assim, como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro (2010, p. 88-89), só serão constitucionais, à luz do princípio da proporcionalidade, os atos que, ao mesmo tempo, consigam ser adequados, necessários e razoáveis, de modo que não desafiem o sentimento mediano e o bom senso equitativo dos cidadãos, que, neste contexto, significa as noções mínimas de razoabilidade aceitas homogeneamente pelos indivíduos, porque a ideia de proporcionalidade prende-se a “noção geral de bom senso (aplicada ao âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo ou de uma arbitrariedade”.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, matéria de direito público, são elementos basilares de um Estado Democrático de Direito. Deste modo, enquanto fundamentais, devem ser protegidos sob pena de se fragilizar a base do Direito Constitucional.

A proteção absoluta é utópica, pois direitos, notadamente os fundamentais, devido a sua ampla abrangência, incidem em colisões, haja vista a vasta gama de titulares bem como de direitos fundamentais, valores e princípios constitucionalmente previstos.

As circunstâncias de colisões de direitos exigem mecanismos que consigam a máxima garantia de um, com o mínimo prejuízo de outro, até mesmo em razão da necessidade de harmonizar os direitos da totalidade dos destinatários da norma constitucional.

Nesta senda, a restrição figura como instrumento importante para a prática jurídica, mas assim como pode funcionar de modo a garantir direitos (quando a restrição a um direito visa a garantia de outro de maior importância), esta mesma restrição pode ser instrumento ilegítimo, quando excessiva e violadora da dignidade humana e demais princípios constitucionais de garantias aos cidadãos.

Então, muitas vezes, na ânsia de garantir um direito, acaba-se por violar outro em medida desproporcional. Por tal motivo é que surge o princípio da proporcionalidade visto sob a perspectiva da proibição do excesso na restrição de direitos fundamentais, pois, embora a garantia unânime e absoluta dos direitos seja impossível, estes direitos devem possuir um mínimo de garantia contra restrições desarrazoadas e violadoras de seu núcleo essencial.

Ademais, para que uma restrição a um direito seja coerente, digna e razoável, mister se faz que os casos sejam particularizados, as análises sejam individuais, específicas, e não genéricas. As restrições genéricas a direitos fundamentais tendem a ser desproporcionais e a não atingir o escopo almejado, notadamente em casos de excesso.

Toda restrição a um direito fundamental deve ser feita tendo em vista um claro objetivo, respeitando sempre todos os princípios constitucionais que norteiam o Estado Democrático de Direito, cujas normas devem possuir conteúdo e adequação social.

Portanto, encontrar a justa medida entre proteção a um direito e violação de outro, depende de ponderação, razoabilidade, proporcionalidade, o que somente será possível por meio da interpretação de modo integrado do texto constitucional e seus princípios

Atingir uma fórmula ideal de restrição a direitos fundamentais sem incidir em violação excessiva ou conflito com princípios ou valores constitucionais, é um processo de análise ponderada, mas que somente será efetivo na medida em que for definido uniformemente pela jurisprudência, doutrina, ou pela própria Constituição, a exata determinação de qual o núcleo essencial de cada direito fundamental, o que, certamente, não será efetivo enquanto previsto apenas abstratamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 97256. 1ª Turma. Relator: Ministro Ayres Brito. Julgado em 01/09/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 104339. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 10/05/ 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 111844. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 24/04/ 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3300012>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus nº 99832. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 17/11/ 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629961>. Acesso em: 08 jul. 2016.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução Raul Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madri: Trotta, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. ver. Atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Núcleo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro. n. 4, p. 23-51, out.-dez. 2006.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.