Revista Jurídica do NELB

NELB
Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NELB
Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA DO NELB

Primeira Edição – Ano 2018.

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5
Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 13 • Volume 5 • Número 1
Jan-Dez 2018 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Anual
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2017/18

Henrique Barbosa, Presidente
Maria Eugênia M. Junqueira, Vice-Presidente
Panmella Silva Cruz, Tesoureira
Camila M. de Moura Vilela, Secretária-Geral
Juliana de Freitas Dornelas, Diretora Científica
Ana Carolina Agostinho A. Cruz, Diretora Científica
João Pedro Leite Barros, Diretor Científico
Elizabeth Lima, Diretora de Eventos
Alyne Andrade, Diretora de Eventos
Carmille Leal do Amaral, Diretora de Eventos
Felipe Pires Muniz de Brito, Diretor de Eventos
Tatyana Barbosa, Diretora de Eventos
Gabriel da Silva Ferreira, Diretor de Comunicação e Imagem
Lara Ferreira Andrade, Diretora de Licenciatura
Deborah Silvério, Diretora de Licenciatura

Comissão de Redação:
Alyne Andrade
Ana Carolina Agosti Cruz
Felipe Pires Muniz de Brito
Henrique Bonatti Rego Barbosa
João Pedro Leite Barros
Juliana de Freitas Dornelas
Maria Eugênia Junqueira

A RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

LA RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

_____

Filipe Rosa Chagas Francisco
Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa
Advogado

Francislaine Rosa Chagas Francisco Nerling
Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali)
Policial Civil do Estado de Santa Catarina

SUMÁRIO

Introdução; 1 A Constituição e as limitações ao legislador infraconstitucional; 1.1 As limitações de ordem formal; 1.1.1 Requisitos formais subjetivos; 1.1.2 Requisitos formais objetivos; 1.2 As limitações de ordem material; 2 O controle de constitucionalidade; 3 Os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade; 3.1 A dignidade da pessoa humana; 3.2 Da vedação do retrocesso social; 3.3 O princípio da proporcionalidade; 3.4 A relatividade dos direitos fundamentais; Considerações Finais; Referência das fontes citadas.

RESUMO

O status da nossa atual sociedade, pós-moderna, diante das conquistas realizadas por todo o período de sua evolução, apresenta-se diante do ordenamento jurídico como Estado Democrático de Direito. Neste Estado, vigora uma Lei Suprema. Da essência deste Estado Democrático de Direito e, dos ditames da Lei Máxima, decorrem os limites ao legislador infraconstitucional. Este deve observar tanto as regras para criação ou modificação do corpo legislativo, como os requisitos e vedações impostas pela Constituição, bem como os valores por ela consagrados. O artigo, elaborado sob o método indutivo, situa o estudo nos meios de limitação ao legislador infraconstitucional, a fim de confirmar o caráter relativo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são valores supremos da Constituição e a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, visto como reitor dos direitos fundamentais. A aplicabilidade e a restrição de qualquer direito fundamental se põe sob a égide da dignidade da pessoa humana, a qual conta com o eventual auxílio do princípio da vedação do retrocesso social e do princípio da proporcionalidade. Diante disso, não se afirma, com absoluta propriedade, que os direitos fundamentais são relativos, a fim de que não se torne vulnerável a força vinculante dos seus valores, todavia, também não são absolutos, pois, em caso de conflito, haverá ponderação sobre os ditames da vedação do retrocesso social e do princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade no sentido estrito.

Palavras-chave: Limitações ao legislador infraconstitucional; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; princípio da proporcionalidade; relatividade dos direitos fundamentais.

RESUMEN

La sociedad actual, postmoderna, ante los logros alcanzados durante el período de su evolución, se presenta como el Estado democrático legal. En ese Estado, vigora una Ley suprema. De la esencia del Estado democrático de derecho y de las órdenes de la Ley máxima, se derivan los límites al legislador. Él debe observar tanto las normas para la creación o modificación del cuerpo legislativo, como los requisitos y prohibiciones impuestas por la Constitución y, aun, los valores presentes en ella. El artículo, escrito bajo el método inductivo, sigue las huellas sobre los medios de limitación de la actividad del legislador, con el fin de confirmar el carácter relativo de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son valores supremos de la Constitución y la dignidad humana es un principio fundamental, visto como rector de los derechos fundamentales. La aplicabilidad y la limitación de un derecho fundamental se plantea en el marco de la dignidad de la persona humana, que encuentra la ayuda del principio de prohibición de la regresión social y el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, no se puede afirmar que los derechos fundamentales sean relativos, porque no se puede deshacer su fuerza vinculante. Sin embargo, también ya no son absolutos, puesto que en caso de conflicto, se hará la ponderación de los valores.

Palabras-clave: Limitaciones de la actividad del legislador; derechos fundamentales; dignidad humana; principio de la proporcionalidad; relatividad de los derechos fundamentales.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca confirmar a relatividade dos direitos fundamentais diante dos poderes constitucionais do legislador para sua atividade.

Considerando a limitação da pesquisa, tratar-se-á tão somente dos pontos mais relevantes que poderão ser meios restritivos ao legislador infraconstitucional para então chegar ao tópico dos direitos fundamentais e constatar a sua natureza quanto ao grau de obrigatoriedade, o que caracteriza o objeto do presente estudo. Tal estudo se faz necessário para que se possa entender que todos os atos emanados pelo Poder Público, inclusive a edição de normas, não poderão restringir os direitos fundamentais sempre que o interesse público reclamar.

O interesse público, por si só, não fundamenta a restrição aos direitos fundamentais. Restrição essa que, admitida de forma excepcional, deverá respeitar a dignidade da pessoa humana e os preceitos da vedação do retrocesso social e do princípio da proporcionalidade.

Num primeiro momento, abordar-se-ão os meios possíveis de limitação ao legislador infraconstitucional.

Na segunda parte do estudo, por razões de delimitação da pesquisa, tratar-se-á, em apertada síntese, do controle de constitucionalidade como meio de anulação de atos incompatíveis com os direitos fundamentais.

Na terceira e última divisão do estudo apresentar-se-á a dignidade da pessoa humana como reitor dos direitos fundamentais, analisando-se, por fim, o preceito da vedação do retrocesso social e o princípio da proporcionalidade, para se verificar a relatividade dos direitos fundamentais.

Para apresentação do conteúdo supracitado, utilizar-se-á o método indutivo.

1 A Constituição e as limitações do legislador infraconstitucional

Inicialmente, por motivo de relevância à presente pesquisa, cumpre trazer à baila a acepção jurídica de Constituição, a qual, como lei suprema e fundamental do Estado, dentre o seu amplo conteúdo, traz as normas de organização política e jurídica, estrutura o Estado, rege a formação dos poderes públicos, normatiza a forma de governo e de aquisição do poder de governar e distribui competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos (MORAES, 2003, p.36).

Dentre as várias leis que integram o ordenamento jurídico, é na Constituição, lei máxima de um Estado, que se verificam as limitações ao legislador infraconstitucional, porquanto nenhuma outra norma do sistema pode ser criada ou estar em desacordo com o seu texto e com o seu conteúdo. Essas limitações podem ser de ordem formal ou de ordem material (PACHECO, 2009, p.11).

Verifica-se que essas limitações estão insculpidas na essência do Estado Democrático de Direito, o qual se coloca como síntese da composição dos conceitos de constitucionalismo e de democracia, diferentes entre si. Compreende a limitação do poder e a supremacia da lei, bem como a soberania popular e o governo da maioria (BARROSO, 2009, pp.87-8).

É possível, ainda, que essas limitações decorram do princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), o qual traz em seu conteúdo que «ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei».

Neste sentido, o legislador infraconstitucional está obrigado a observar os limites impostos pela Constituição porque ela, lei suprema do país, determina quais as espécies normativas devem regular determinadas matérias e impõe as regras básicas na elaboração dessas espécies. Além disso, traz em sua essência cláusulas imodificáveis, direitos fundamentais e princípios de observância obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade.

O legislador infraconstitucional se encontra amarrado não só diante de uma conduta ativa, mas também diante de uma conduta omissiva.

Nessa direção, colhe-se da seguinte decisão:

> DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTO INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.
>
> O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.
>
> Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhes impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non prestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público
>
> A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade politico-juridica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (BRASIL. STF, 1996).

Desse modo, verifica-se que, diante de uma conduta positiva, ou diante de uma conduta negativa, que seja contrária aos preceitos constitucionais, o legislador infraconstitucional fica sujeito ao controle de constitucionalidade.

No que tange à individualização dos limites materiais e formais, colhe-se da lição:

> [...] costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade material e formal, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado. Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, independentemente de seu conteúdo, referindo-se, fundamentalmente, aos pressupostos e procedimentos relativos à sua formação. Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo do ato, originando-se de um conflito com princípios estabelecidos na Constituição (MENDES, 1990, p.28).

Desta feita, os requisitos de ordem formal estão relacionados com as regras para a criação ou para a modificação do corpo legislativo, enquanto os requisitos de ordem material estão relacionados com o conteúdo da Constituição, mais especificamente, os atrelados às cláusulas pétreas, aos direitos fundamentais e aos princípios e regras, conforme se verificará no decorrer da pesquisa.

1.1 As limitações de ordem formal

O processo legislativo compreende os requisitos formais que limitam o legislador infraconstitucional, no sentido de que este deve observar desde a competência, até o trâmite da elaboração de qualquer lei (em sentido amplo), que venha a integrar o nosso sistema normativo. Esses requisitos se dividem em requisitos formais subjetivos e requisitos formais objetivos. Os requisitos formais subjetivos estão relacionados à iniciativa e os requisitos formais objetivos estão relacionados às fases constitutiva e complementar (BAZILLI, 2003, p.40).

1.1.1 Requisitos formais subjetivos

Diante, portanto, do que preconiza a doutrina, os requisitos formais subjetivos referem-se à iniciativa das leis, correspondendo à fase introdutória do processo legislativo, de forma que somente os sujeitos expressamente indicados pela Constituição podem proceder a essa fase.

O processo legislativo está previsto no artigo 59 da Constituição da República Federativa Brasileira (BRASIL, 1988), conforme se transcreve:

> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
> I - emendas à Constituição;
> II - leis complementares;
> III - leis ordinárias;
> IV - leis delegadas;
> V - medidas provisórias;
> VI - decretos legislativos;
> VII – resoluções.

Nos artigos subsequentes da Carta Magna, é possível verificar a indicação das competências pertinentes a cada norma, dentre as quais, cita-se a competência para a iniciativa, no que tange à edição de emendas no artigo 60, à elaboração das leis complementares e ordinárias no artigo 61 e das leis delegadas no artigo 68, sendo oportuno salientar que a não observação dessas competências demonstra o vício subjetivo na elaboração da norma.

1.1.2 Requisitos formais objetivos

As normas indicadas no citado artigo 59 estão posicionadas na ordem de sua hierarquia. As leis complementares são consideradas pela Constituição como de maior importância institucional. Em nível mais abaixo estão as leis ordinárias, as leis delegadas, as

medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Acima dessas, no topo, está a própria Constituição, devendo, as demais normas, se submeter aos critérios estabelecidos pela Lei Máxima (PACHECO, 2009, p.12).

Conforme já exposto, os requisitos formais objetivos tratam da adequação do trâmite da norma aos ditames constitucionais, pois cada uma possui seu modo próprio de elaboração. Ao adotar o referido cuidado na elaboração da norma infraconstitucional, a Constituição salvaguarda a própria supremacia, preservando a soberania do Poder Constituinte, sob o sistema de controle de constitucionalidade (SIDOU, 1992, pp.168-9).

Assim sendo, o trâmite de elaboração das leis deve seguir todas as as fases do processo legislativo, constantes no artigo 60 e seguintes da Constituição Federal, sob pena de vício formal, sujeito a pleno controle repressivo de constitucionalidade a ser operado pelo Poder Judiciário que poderá adotar os métodos difuso ou concentrado (MORAES, 2000, p.556).

1.2 As limitações de ordem material

Em se tratando de limitações de ordem material ao legislador infraconstitucional, é possível identificá-las no conteúdo da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), especificamente, quando ela expressa as cláusulas pétreas, no seu artigo 60, §4º, de observância tanto pelo legislador infraconstitucional, quanto pelo poder reformador, conforme se verifica:

> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;
>
> IV - os direitos e garantias individuais.

Também compreendem as limitações de ordem material ao legislador infraconstitucional, os direitos fundamentais e seus princípios e regras, os quais são objetos específicos do presente estudo.

O respeito aos direitos fundamentais decorre da essência do Estado Democrático de Direito, proclamado no «caput» do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (MORAES, 2003, p.51). Já no que concerne aos princípios

e regras, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p.1160) ensina que estes não são sinônimos, mas ambos decorrem de normas. Estas são aptas a vincularem juridicamente as decisões. Neste sentido, regras são normas. Princípios também são normas.

Para Luís Diez Picazo (2004, p.256) «[...] os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade».

A Constituição estabelece valores expressos e implícitos, implicando à observância obrigatória de tais valores, os quais abrangem todo o ordenamento jurídico.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1996, p. 545), o princípio não é só uma norma, princípio é um:

> Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá o sentido harmônico.

Deste modo, torna-se flagrante a obrigatoriedade de se respeitar aos valores erigidos pela Carta Magna, valores estes que estão acima do próprio constituinte que, para criar o seu texto, vê-se limitado pelos seus próprios princípios (ADÃO, 1999).

2 O controle de constitucionalidade

Conforme visto alhures, o legislador assume posição de confiança da sociedade, em decorrência do Estado Democrático de Direito e suas ações estão restritas pela Constituição, consagrada como Lei Máxima do ordenamento jurídico. Isto, porque:

> As Leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir o restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas Leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo. […] (BECCARIA, 2001, p.19).

Muito embora o legislador encontre posição privilegiada perante a sociedade, tal posição não legitima qualquer arbítrio e aqui, podemos apanhar ensinamentos da visão político-liberal dos direitos fundamentais. Nesta égide, Canotilho (2004, pp.24-5) ao comentar sobre as visões políticas acerca dos direitos fundamentais expõe a lógica do individualismo liberal:

> A atribuir-se algum fim ao Estado esse só poderia ser o de garantia da segurança e das liberdades individuais. (...) Nessa perspetiva, os direitos naturais racionalmente convertidos em direitos fundamentais do homem equivalem a «direitos dos particulares» – propriedade, liberdade, segurança – e, a ser-lhes reconhecida alguma dimensão funcionalística, essa só poderia ser a de tornarem possível «o desfrute pacífico da independência individual.

Obviamente, que esta não retrata a concepção geral do Estado em relação aos direitos fundamentais. Este já não é entendido como aquele que tem a função de «só tornar possível o desfrute pacífico da independência individual», na verdade, Jorge Miranda (2017, p.85 e ss.) comenta que o Estado deixou de ser um Estado Liberal, tornando-se assim um Estado social de Direito.

Desta forma, enquanto o Estado liberal coloca como limite de cada um a liberdade do seu semelhante, o Estado social de Direito traz mui consolidada a ideia à igualdade, assim, só existe uma liberdade verdadeira, com justa igualdade.

Note porém, que o Estado Social de Direito, não extirpa a ideia do individualismo e das limitações dos direitos fundamentais ao Estado, antes, alarga essa ideia trazendo maior equidade. Assim, vemos com mais clareza que o Estado se torna muito mais essencial, porém ainda limitado, para não buscar os seus próprios fins e tornar-se tirano.

Essa limitação se da por meio da existência de valores consagrados pela Carta Política, direitos fundamentais, que submetem todo o ordenamento jurídico, inclusive, o próprio Poder Constituinte.

E para que os preceitos constitucionais sejam observados, é necessário trazer mecanismos que possam evitar ou que possam reprimir a desobediência à ordem constitucional. Esses mecanismos não se consubstanciam tão somente em sanções, mas em dispor de meios de anulação de atos e de leis com ela incompatíveis. Caso contrário, a própria Lei Máxima perde a sua força vinculante, transformando-se em mera disposição de vontade, submetida a qualquer lei, simples regulamentos ou até mesmo a qualquer negócio jurídico eventualmente firmado por entes privados. Essa situação vai de encontro ao atual sistema jurídico, porque até mesmo o ordenamento zela para que todo ato que contraria norma superior diversa da Constituição, seja anulado (MENDES, 2010, pp.1157-8).

Hodiernamente, o meio pelo qual os poderes do Estado se adequam à supremacia dos valores constitucionais, e, no caso que estamos a tratar, aos direitos e garantias fundamentais, é a submissão ao controle de constitucionalidade que, além de se evidenciar como garantia aos direitos fundamentais, integra a legitimação do Estado e possibilita o processo democrático do Estado de Direito (MORAES, 2000, p. 555). É com a instituição da «*judicial review*» que a soberania popular é protegida (ACKERMAN, 2009, p. 41).

Para Robert Alexy (2003, pp. 131-140), os direitos fundamentais adquirem duas formas, uma delas é representada pelas regras e a outra pelos princípios e a escolha na aplicabilidade de qualquer delas depende da interpretação perante a Constituição, na

previsão do controle de constitucionalidade.

Nesta senda, Alexandre de Moraes (2003, p.45) ensina que é possível evitar a declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico da norma que apresentar várias significações possíveis, na realização da hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, encontrando sentido adequado à Constituição.

Mesmo que a inobservância aos direitos e garantias fundamentais não represente a declaração de inconstitucionalidade, cumpre inferir se toda e qualquer ofensa a esses direitos e garantias dará ensejo à presunção de inconstitucionalidade.

Paulo Bonavides (2001, pp.247-8) acentua que a simples suspeita de inconstitucionalidade resta superada na medida em que da ciência das constituições desenvolvida nos Estados Unidos ecoou a consideração de que não se presume a inconstitucionalidade, mas sim, a constitucionalidade. Assim, para que uma lei formal seja considerada inaplicável, necessário é que se faça prova inequívoca da inconstitucionalidade insanável. Todavia, é preciso verificar se os direitos fundamentais são de aplicabilidade absoluta, para que, numa eventual inobservância a essas garantias, se faça prova inequívoca da possível inconstitucionalidade insanável.

3 Conflito dos direitos fundamentais

Hodiernamente, o operador jurídico não pode se pautar somente pela interpretação do puro conteúdo normativo, diante da existência de situações nas quais o Direito não é capaz de alcançar, devido ao restrito meio interpretativo.

O Direito, que se encontra aproximado dos valores éticos, impõe decisões não só regidas puramente pela lei, mas pelos princípios que possuem, em sua essência, força normativa, em razão do atual Estado Democrático de Direito e da supremacia da Constituição, que preza, sobretudo, pela Dignidade da Pessoa Humana.

Na verdade, « […] a história mostra que, dos direitos fundamentais, é inseparável uma ideia, um valor, um príncipio, um metaprincípio (como se queira): a dignidade da pessoa humana.» (MIRANDA, 2017, p.76). Ou seja, essa primazia à Dignidade da Pessoa Humana, não existe por acaso.

Desde de sua conceituação teológica por meio daquilo que os «pais» da igreja chamavam de *imago dei* (AGOSTINHO, 2000, pp. 1054 e ss), ou a compreensão por meio da

distinção da *liberté des anciens comparée à celle des modernes* (CONSTANT, 1820, pp. 523 e ss.), ou ainda a querela entre a proteção interna e a proteção internacional dos direitos do homem, vemos a Dignidade Humana bem definida.

Assim, a solução justa de qualquer conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida em que há confronto de direitos fundamentais, deve levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, afinal «A ideia do que é justo e do sentido de justiça é que se afirma como fundamento da dignidade da pessoa humana.» (NOVAIS, 2016, p.52)

3.1 A dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido considerado como valor constitucional supremo, que sustenta os direitos fundamentais (NOVELINO, 2008, p248).

Com entendimento semelhante, Alexandre de Moraes (2003, p. 16), ao definir o princípio em comento, sustenta que:

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos Direitos Fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (grifo do autor).

Diante disso, é o princípio da dignidade da pessoa humana que protege várias dimensões da realidade do ser humano, seja material ou espiritual, de forma que abarca exigências mínimas a dispor recursos para uma existência digna em sociedade (FARIAS, 2000, pp. 63,66). Desta forma, referido princípio se apresenta como norteador para eventual restrição aos direitos fundamentais.

Conforme assegura José Cerezo Mir (2002, p.113): «[…] o respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade *a priori*. Isto se o direito não quer ser mera força, mero terror. [...]».

Evidencia-se, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio reitor dos direitos fundamentais e sob a sua égide estão a aplicabilidade e a restrição a qualquer direito fundamental.

3.2 Da vedação do retrocesso social

Uma vez existindo conflitos de interesses pautados em direitos fundamentais, deve se realizar uma ponderação diante da dignidade da pessoa humana, em razão de ser ela a norteadora da gama de direitos fundamentais.

Na hipótese, todavia, de conflitos de interesses pautados na dignidade da pessoa humana, atenta-se para o preceito da vedação do retrocesso social e para o princípio da proporcionalidade.

Sob o aspecto do princípio da vedação do retrocesso social, a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental é inconstitucional.

Sobre o princípio em questão:

> [...] a proibição do retrocesso caracteriza-se por funcionar como um superprincípio de proteção e realização (garantia ambivalente) dos direitos fundamentais. Ou seja, o sentido bivetorial aqui pretendido da proibição do retrocesso representa (um)a metafundamentalidade formal que limita e dirige o modo através do qual o Estado vai realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, e consequentemente a ampla gama de direitos fundamentais de todas as dimensões, previstos implícita ou explicitamente na Constituição da República. Note-se que esta bimetafundamentalidade está expressamente prevista no enunciado do Título II da Constituição dos "direitos e garantias fundamentais" O Legislativo é "atingido" em sua liberdade de conformação quando da criação normativa, tanto no que diz respeito ao conteúdo das normas efetivamente emanadas, que não poderão ir de encontro aos direitos fundamentais, bem como no que toca à possibilidade de deixar de confeccionar normas. (CASTRO, 2005).

Diante do aludido princípio, decorrente do Estado Democrático de Direito e pautado pela consagração da dignidade da pessoa humana, existe uma salvaguarda dos direitos fundamentais, de forma a limitar tanto a conformação, quanto a criação da norma pelo poder legiferante.

Significa dizer que a lei não pode retroceder, tampouco o pode o poder de reformar, a fim de que não sejam suprimidas as garantias alcançadas ao longo da revolução social, voltando-se ao status de arbítrio estatal, garantias essas que, uma vez alcançadas, assumem estágio de direito subjetivo (CANOTILHO, 2007, p.338).

É fato, porém, que a proteção assumida pelo princípio da vedação do retrocesso social não é absoluta, sob pena de impossibilitar a revisão das atividades estatais até mesmo para efetivação dos próprios direitos fundamentais (SARLET, 2001, pp. 448-9).

Ademais, o princípio da vedação do retrocesso social, assim considerado, coloca-se como meio de efetividade da máxima da dignidade da pessoa humana e da gama de direitos fundamentais, porém, não é idôneo a, por si só, apresentar solução quando da ocorrência de conflito de interesses com igual direito fundamental, o que fica a encargo do princípio da proporcionalidade, do qual se passa a discorrer.

3.3 O princípio da proporcionalidade

Para que os direitos fundamentais mantenham a importância erigida a eles pela Constituição, é necessário que a hipótese de restrição seja a menos gravosa possível.

Para tanto, a fim de que não haja a ruína dos direitos fundamentais e de que não haja abuso do Poder Público, verifica-se que o princípio da proporcionalidade é o meio pelo qual se opera a ponderação desses direitos, minorando as consequências das possíveis restrições.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade é considerado o «limite dos limites», sendo «[...] uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça», quando da possível restrição aos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2002, p.77).

E ainda, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.591) explica:

> [...] na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente, a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s); b) a necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade (tal como prefere Gomes Canotilho); e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido chamado de razoabilidade (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho) da medida restritiva, já que mesmo uma medida adequada e necessária pode ser desproporcional.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade possui três dimensões. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade.

Assim, são adequadas as medidas que são apropriadas e pertinentes para atingir o resultado almejado. São necessárias aquelas medidas que não são excessivas e não são insuficientes para atingir o fim pretendido. São proporcionais as medidas que, depois de considerar todos os interesses em questão, não sacrificam direitos fundamentais mais importantes que o que se buscou preservar. Quando de igual importância, é razoável a medida que supõe equilíbrio, sendo moderada e harmônica.

3.4 A relatividade dos direitos fundamentais

O primeiro passo para verificar a aplicação dos direitos fundamentais é definir o conteúdo a ser protegido por um determinado direito fundamental. Para Virgílio Afonso da Silva (2009, p.86), referida medida torna-se a sua própria delimitação.

Verificado que a dignidade da pessoa humana é um preceito supremo e norteador dos direitos fundamentais, poderá ocorrer, todavia, colisão de interesses pautados na própria dignidade da pessoa humana, de forma que somente um desses interesses deverá prevalecer.

Neste caso, somente a interpretação diante de um caso concreto poderá determinar os limites dos direitos fundamentais em jogo (BARROS, 2000, p. 154). Tarefa árdua, porém, é determinar a essência do direito alcançado pelo direito fundamental (CANOTILHO, 2003, pp.261-2).

Entretanto, nem sempre a norma editada está para restringir um direito fundamental, mas para, até mesmo, completar ou concretizar, o conteúdo, muitas vezes, fragmentário abstrato ou incompleto dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p.1263).

No nosso atual ordenamento jurídico, tem-se entendido que alguns dos valores tutelados pela CRFB/88 não possuem caráter absoluto, mas, quando se trata de direitos e garantias individuais. Colaciona-se, nesse sentido:

> Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa- permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia

> pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BRASIL. STF, 2005).

Buscou-se, entretanto, aclarar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, diante do enfoque da presente pesquisa jurídica. Para isso, verificou-se existir outros dois princípios que auxiliam o sopesamento das garantias fundamentais. São eles: o princípio do retrocesso social e o princípio da proporcionalidade.

Sob o aspecto do princípio da vedação do retrocesso social, o legislador não poderá editar normas restritivas aos direitos fundamentais, a não ser, com fundamento no interesse do bem comum e pautado pela proporcionalidade (HESSE, 2009, p.65).

Todavia, não se afirma de forma estrita que os direitos fundamentais não são absolutos, sob pena de levar à presunção de que as proteções constitucionais são frágeis, tornando vulnerável a sua força vinculante sempre que assim ditar o interesse público (MARMELSTEIN, 2008, p.369).

Ocorre que, os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta, pois, em caso de conflito, não há a prevalência de um sobre o outro, mas há uma ponderação, de forma que o valor consagrado pela Constituição a esses direitos não sejam vistos como mera disposição de vontade. Com a ponderação aplicável ao caso concreto de conflito de direitos fundamentais, o equacionamento se resolve pelo sacrifício de um em relação à aplicação de outro, sem contudo, que haja negação do direito fundamental sacrificado.

Assim, as limitações aos direitos fundamentais são possíveis, mas são excepcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito, traz em sua essência a dignidade da pessoa humana. Considerada princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana põe-se como norte a qualquer conduta ou ato emanado pelo Poder Público, ou até mesmo, pelo Poder Privado.

A dignidade da pessoa humana sempre deve ser observada e respeitada e, por isso, é vista como um limite ao legislador infraconstitucional e como reitor da gama de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm valor supremo consagrado pela Carta Magna, contudo, uma vez existindo conflitos de interesses pautados em direitos fundamentais, um não se sobrepõe a outro, mas a medida adotada é a ponderação. Essa ponderação deve respeitar, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, existindo a hipótese de conflitos de interesses, todos pautados na dignidade da pessoa humana, em que somente um deles deve prevalecer, o preceito da vedação do retrocesso social e o princípio da proporcionalidade colocam-se como principais aliados da solução da questão.

Verificou-se, entretanto, que não se afirma que os direitos fundamentais são relativos, sob pena de tornar vulneráveis as proteções constitucionais que, então, poderão ser vistas como meras disposições de vontade.

Constatou-se, porém, que os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta, em razão da hipótese de conflito de interesses, o que suscita a ponderação.

Assim, as limitações aos direitos fundamentais são excepcionalidade e devem sofrer um exame constitucional rigoroso, com observância da dignidade da pessoa humana, do preceito da vedação do retrocesso social e do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ADÃO, Marco Aurélio Alves. **Limitações implícitas ao poder reformador da Constituição**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=139.

AGOSTINHO, Bispo De Hipona. ***De civitate Dei***, trad. A cidade de Deus, II, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Tradutora: Menelick de Carvalho Netto. Ratio júris. n. 2. Junho de 2003. 16 v.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAZILLI, Roberto Ribeiro; MOTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**. São Paulo: UNESP, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa, por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, RTJ 173/805-810. MS 23.452. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RTJ+173%2F805-810%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/manf4ak .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, RTJ 185/794-796, Rel. Min Celso de Mello. Disponível em: www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RTJ+185%2F794-796%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ce98alt .

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes, 1815 (in cours de politique constitutionnelle), IV. Paris:1820.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIOZZO, Pablo Castro. **O Princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional**. uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Porto Alegre, 2005. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/pablo_miozzo/pablo_miozzo_principio_vedacao.pdf .

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Lisboa: Almedina, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana, II.** Coimbra, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método. 2008.

PACHECO, Luciana Botelho. **Como se fazem as leis**. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Doutrinas essenciais**: direitos humanos, direitos civis e políticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

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