

LIMITES ÍNSITOS À RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAISFernanda Savian Rodrigues¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 Direitos fundamentais: notas introdutórias. 1.1 Conceituação. 1.2 Caracteres imanentes. 1.2.1 Historicidade. 1.2.2 Relatividade. 1.2.3 Universalidade. 1.2.4 Concorrência. 1.2.5 Indisponibilidade. 1.3 Dimensões dos direitos fundamentais numa perspectiva evolutiva. 1.3.1 Direitos civis e políticos. 1.3.2 Direitos econômicos, sociais e culturais. 1.3.3 Direitos difusos e coletivos. 1.3.4 Direito dos povos. 1.4 Titularidade. 1.4.1 Brasileiros e estrangeiros. 1.4.2 Pessoas naturais e pessoas jurídicas. 2 A relatividade dos direitos fundamentais. 2.1 Sistema constitucional aberto. 2.2 Limites diretamente constitucionais. 2.3 Limites indiretamente constitucionais. 3 Limites à relatividade dos direitos fundamentais. 3.1 Princípio da proteção do núcleo essencial e das cláusulas pétreas. 3.2 Princípio da proporcionalidade. 3.3 Princípio da proibição do retrocesso. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo visa tecer considerações acerca dos limites imanentes à relativização dos direitos fundamentais. Para tanto, apresentam-se elementos caracterizadores dessa modalidade de direitos, situando-a no centro dos postulados constitucionais contemporâneos. Ademais, numa perspectiva sistêmica, explicitam-se os vetores norteadores do processo de harmonização de direitos fundamentais em antinomia, no âmbito da hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: direitos fundamentais – relatividade – limites

Abstract: This paper aims at making considerations about the inherent limits to the relativization of fundamental rights. For this characterizing elements of this type of rights are presented placing it in the center of contemporary constitutional postulates. Moreover in a systemic perspective the vectors guiding the process of harmonization contradictory fundamental rights are explained within the constitutional hermeneutics.

Key-words: fundamental rights – relativity – limits

Considerações Iniciais

A dinâmica das relações sociais ensejou a consolidação de um ideário de Estado sedimentado nos pilares da Democracia e do Direito. Por conseguinte, no centro das Constituições contemporâneas, encontram-se os direitos fundamentais, enquanto postulados legitimadores dessa concepção estatal.

A explicitação dos caracteres e da titularidade desses direitos, sob um prisma evolutivo, revela-se pertinente, a fim de que se compreenda sua extensão conceitual e relevância normativa. A despeito disso, faz-se necessário analisar os direitos fundamentais à luz de sua inserção em um sistema constitucional aberto, composto de regras e princípios.

Nesse contexto, analisa-se a relatividade desses direitos, considerando-se as limitações previstas ou permitidas pelo texto constitucional, bem como a necessidade de eventual compatibilização de normas colidentes, não obstante integrantes de um mesmo arcabouço normativo. Com efeito, abordam-se os preceitos

¹ Especialista em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA).

que delimitam a atuação do legislador e do julgador no âmbito de restrição de direitos fundamentais, sob o enfoque da excepcionalidade.

1 Direitos fundamentais: notas introdutórias

1.1 Conceituação

A inserção dos direitos fundamentais como centro referencial nos textos constitucionais contemporâneos está intrinsecamente relacionada ao ideário paulatinamente consolidado de limitação do poder político.

Assim, em seu nascedouro, vislumbra-se a redefinição da percepção do Estado, não mais revestido de um poder absoluto e descomedido, em detrimento do indivíduo, como consubstanciado originariamente.

Destarte, inspirando-se nas Declarações de Direitos do Homem, alguns direitos subjetivos foram erigidos a normas constitucionais, com o propósito de resguardar o indivíduo frente à atuação estatal e de seus iguais.

Todavia, cumpre ressaltar que a expressão *direitos fundamentais* não encontra correspondência às locuções *direitos humanos* ou *direitos do homem*, em sua acepção restrita, não obstante sejam referidas como definidoras de um mesmo conteúdo protetivo e interajam reciprocamente.

Isso porque, como assevera BONAVIDES (2005), direitos fundamentais são os direitos e garantias nomeados e especificados como tais pela ordem constitucional vigente em cada Estado. Outrossim, detém um grau maior de segurança, uma vez que, via de regra, ou são imutáveis, ou são de mudança dificultada, mediante a exigência de emenda à Constituição.

Nesse sentido, MENDES (2008) apresenta um traço divisor entre os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*. Segundo sua definição, a primeira expressão encerra pretensões jusnaturalistas e supranacionais e, por isso, inseridas em documentos de Direito Internacional. Por sua vez, a segunda locução designa posições básicas dos indivíduos, estando assim inscritos em diplomas normativos de cada Estado.

Além disso, o autor enfatiza que “esses direitos não são coincidentes no modo de proteção ou no grau de efetividade. As ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a ordem internacional (2008, p. 234 e 235)”.

No Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais encontram-se previstos em seu Título II, subdividindo-se em cinco capítulos, quais sejam, direitos e garantias individuais e coletivas; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos concernentes à existência, organização e participação em partidos políticos.

Por fim, salienta-se que os direitos possuem cunho declaratório, enunciativo, enquanto as garantias revestem-se de cunho assecuratório. A despeito dessa distinção primária, complementam-se como instrumentos consentâneos à afirmação do indivíduo como sujeito primeiro da proteção constitucional.

1.2 Caracteres imanentes

1.2.1 Historicidade

Trata-se do caráter histórico-evolutivo dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, imperioso que sejam contextualizados para que alcancem algum sentido. Conforme esse viés, novos direitos surgirão e antigos sucumbirão, consoante à dinâmica das demandas do indivíduo em face das diversas nuanças assumidas pelo poder.

MENDES, nesse particular, ressalta que “os direitos fundamentais não podem pretender valia unívoca de conteúdo a todo tempo e em todo lugar (2008, p. 231).” Ademais, aponta o traço da historicidade como indispensável à compreensão da gênese e do desenvolvimento desses direitos.

1.2.2 Relatividade

Não obstante a relevância da inclusão dos direitos fundamentais nas ordens constitucionais contemporâneas, enfatiza-se que não se consubstanciam eles em comandos absolutos. Aliás, pacifica-se o entendimento de que não há direitos ilimitados.

Nesse sentido, ganha forma o princípio da limitatividade dos direitos fundamentais ou convivência das liberdades públicas, na expressão de MORAES (2007). Logo, esses direitos poderão encontrar balizas tanto em outros direitos fundamentais, como em outros princípios preconizados pela Constituição.

Reitera-se, porém, que quaisquer limitações referentes aos direitos fundamentais deverão arrimar-se em comandos legais, em consonância com a autorização constitucional para tanto. Não se trata, portanto, de arbitrariedades que, porventura, venham a macular a efetividade dos direitos fundamentais. Verifica-se, sim, a harmonização do sistema a fim de compatibilizar as regras e princípios que encerra em seu bojo.

1.2.3 Universalidade

Via de regra, os direitos fundamentais representam um patrimônio da humanidade. Logo, a condição de ser humano é suficiente para exercer a titularidade desses direitos. No entanto, vislumbram-se exceções.

Isso porque determinadas categorias de direitos restringem-se a um grupo específico de indivíduos. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos sociais no Brasil, os quais, embora integrem a gama de direitos fundamentais, referem-se apenas aos trabalhadores (MENDES, 2008).

1.2.4 Concorrência

Os direitos fundamentais são cumuláveis, ou seja, não são auto-excludentes de acordo com a sua sucessão ao longo do tempo. Sendo assim, quem os detém poderá exercê-los, sem que isso comprometa o exercício dos demais direitos que compõem o rol constitucional. Destarte, a consolidação dos direitos fundamentais numa perspectiva evolutiva atribui a eles esse caráter cumulativo.

1.2.5 Indisponibilidade

Essa característica permeia a definição dos direitos fundamentais. Afinal, se não fossem eles irrenunciáveis, o conteúdo e a potencialidade assecuratória que encerram cairiam no vácuo. Por óbvio, poderão deixar de serem exercidos, ao alvedrio de seu titular, o qual não poderá, entretanto, dispor de sua titularidade.

Outrossim, “nada impede que o seu exercício seja restringido em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional”, como preceitua MENDES (2008, p.234).

1.3 Dimensões dos direitos fundamentais numa perspectiva evolutiva

1.3.1 Direitos civis e políticos

A princípio, cabe salientar que o termo *dimensão* revela-se mais adequado do que a expressão *geração*, largamente utilizada, porquanto essa última sugere a idéia de substituição de direitos fundamentais ao longo do tempo, o que não procede.

Constituem os denominados direitos de primeira dimensão. São direitos negativos, na medida em que, em seu nascedouro, objetivaram deter a onipresença do Estado na vida do indivíduo. Nesse particular, nortearam-se pelo princípio da liberdade, sendo que as liberdades individuais os representam.

Situando-os num contexto histórico específico, pode-se afirmar que seus contornos adquiriram nitidez e relevância em função de fatos determinados, quais sejam, a Independência dos Estados Unidos, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789.

1.3.2 Direitos econômicos, sociais e culturais

De seu turno, os direitos de segunda dimensão trazem consigo o ideário de prestações positivas do Estado para com o indivíduo, consubstanciando-se no fundamento basilar para as ações afirmativas. O vetor da igualdade matiza essa espécie de direito fundamental, que engloba, dentre outros, os direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho e ao lazer, realçando, também, o reconhecimento de liberdades sociais, como o direito de greve.

O segundo pós-guerra, no século XX, na esteira das Constituições marxistas, constitui um marco para a solidificação desses direitos. Contudo, num primeiro momento, foram eles relegados à seara programática, em razão do questionamento de sua juridicidade, fato esse que sucumbiu ao preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, adotado por alguns textos constitucionais, inclusive o brasileiro, no art. 5º, § 1º (BONAVIDES, 2005).

1.3.3 Direitos difusos e coletivos

Os direitos de titularidade coletiva encerram os princípios da solidariedade e da fraternidade, esse último já presente na fundamentação revolucionária francesa, mas cuja inserção em postulados constitucionais operou-se tardiamente.

Elenca-se entre eles o direito do consumidor e o direito à conservação do patrimônio público. MORAES (2007) acrescenta o direito a um meio ambiente equilibrado e a uma saudável qualidade de vida, enquanto BONAVIDES (2005) cita o direito ao desenvolvimento e à paz e o direito de comunicação.

1.3.4 Direito dos povos

Ainda que alguns doutrinadores não admitam essa quarta dimensão de direitos fundamentais, cumpre elucidar que ela abarca a proteção do indivíduo numa perspectiva *supranacional*, enquanto homens não restritos ao vínculo a um território, à sua nacionalidade.

Por conseguinte, de acordo com BASTOS (2001), vislumbra-se a transcendência dessa questão para a esfera internacional, concentrando-se na proteção ao estrangeiro onde quer que se encontre, na defesa do nacional diante do seu próprio Estado e culminando numa concepção universalista dos direitos do homem. Entretanto, não se olvidem os óbices à harmonização de um parâmetro igualmente válido para Estados tão díspares, que compõem o cenário externo.

Atentando a isso, BONAVIDES (2005) enumera o direito à democracia, à informação e ao pluralismo como exemplares dessa dimensão de direitos fundamentais. Ademais, destaca a nova universalidade que lhes atribui um grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, diferenciando-se da

concepção abstrata e metafísica norteadora da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Assim, conclui:

“A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade (2005, p.574)”.

Por derradeiro, reitera-se “a necessidade de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade” (MENDES, 2008, p. 224). Enfatiza-se, portanto, a interação entre os direitos de cada geração, num processo contínuo e dinâmico, em consonância com o cunho evolutivo e concorrente dos direitos fundamentais.

1.4 Titularidade

1.4.1 Brasileiros e estrangeiros

São titulares dos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, como preconiza o *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Ressalta-se que, a despeito do texto constitucional, prescinde-se que o estrangeiro resida em definitivo no país para estar sob a proteção da Carta Magna, bastando que se encontre no território correspondente.

No entanto, o sistema comporta exceções, como o direito ao voto, privativo dos brasileiros natos ou naturalizados. De outro turno, as disposições concernentes à naturalização, por óbvio, aplicam-se unicamente aos estrangeiros.

MENDES (2008, p.263) esclarece que “é no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significado”. Isso porque alguns direitos são assegurados a todos, enquanto outros o são ao indivíduo como cidadão.

1.4.2 Pessoas naturais e pessoas jurídicas

Não há dúvida de que as pessoas naturais sejam titulares dos direitos em tela. No tocante às pessoas jurídicas, elas também o são. Afinal, “reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os demais direitos”, como salienta MORAES (2007, p. 30).

Outrossim, há direitos direcionados especificamente às pessoas jurídicas, no âmbito do direito societário, como o da não-interferência estatal no funcionamento de associações (art. 5º, XVIII) e o de não serem compulsoriamente dissolvidas (art. 5º XIX). Por outro lado, há direitos que têm nas pessoas naturais seu destinatário exclusivo, como os políticos e os sociais.

BASTOS acrescenta que “em muitas hipóteses a proteção última do indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas” (2001, p.186).

No atinente às pessoas jurídicas de direito público, de forma geral, a titularidade de direitos baliza-se aos direitos procedimentais, de ação e defesa em juízo. Essa restrição se aplica também aos órgãos, desprovidos de personalidade jurídica, bem como, aos núcleos patrimoniais, como a massa falida e a herança jacente (MENDES, 2008).

2 A relatividade dos direitos fundamentais

2.1 Sistema constitucional aberto

A priori, cumpre esclarecer que a Constituição se consubstancia num sistema normativo aberto e dinâmico. Por conseguinte, alteram-se consoante as demandas sociais. BASTOS faz menção a duas vias que conduzem às modificações constitucionais, quais sejam, por intermédio das emendas à Lei Maior e, ainda, mediante a sua interpretação (2001, p. 54).

Sob outro prisma, faz-se referência ao rol não taxativo dos direitos fundamentais previsto no texto da Constituição. Afinal, à luz da redação do art. 5º, § 2º, outros direitos não serão excluídos, quando decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Destarte, o conteúdo normativo constitucional abarca duas espécies: as regras e os princípios, situados num mesmo nível hierárquico. Entretanto, segundo BASTOS, “os princípios são, por definição, os mandamentos nucleares do sistema, desempenhando a função transcendente de atribuir unidade aos postulados da Constituição, determinando suas diretrizes fundamentais e irradiando por todas as demais normas” (2001, p.57).

Aliás, a despeito de sua abertura, não se olvide o cunho unitário da Constituição, revelado na restrição material à reforma do seu texto. Trata-se das cláusulas pétreas, cuja explicitação dar-se-á a seguir.

Faz-se pertinente, de acordo com a classificação supracitada, tecer-se algumas considerações no que atine aos critérios diferenciadores das regras e dos princípios, não obstante constituam o mesmo arcabouço normativo.

De acordo com balizada doutrina, as regras, por exalarem comandos e possuírem imperatividade, apresentam um maior grau de concretude, operacionalizando-se mediante a subsunção da situação fática à hipótese abstrata. Resolve-se, pois, em termos de validade.

Os princípios, por sua vez, possuem elevado teor de abstração, incidindo vários deles, não raro, no mesmo fato concreto. Nesse particular, para que coexistam

de forma harmônica num mesmo sistema, devem ser conciliados, a partir da ponderação de seu conteúdo no âmbito da resolução da situação fática.

Por isso, MENDES assevera que os princípios se consubstanciam em “mandados de otimização”, cuja aplicação dar-se-á em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai (2008, p.274).

Por conseguinte, NUNES elucida que, “ao contrário das normas, que ao se chocarem geram antinomias, os princípios são compatibilizáveis, sendo que essa compatibilização deverá pôr em relevo aquele princípio mais influente no contexto analisado – como, da mesma forma, deve-se dar sempre maior importância aos princípios mais fundamentais (2002, p.33)”.

Nesse contexto de busca da integração sistêmica, corrobora-se o entendimento de que não há direitos absolutos, nem mesmo os fundamentais. Logo, evidencia-se possível a restrição dessa modalidade de direitos, seja por outro direito fundamental, seja por previsão direta na Constituição Federal ou, também, quando a Carta Magna permitir que a lei o faça.

Para isso, faz-se necessário definir o âmbito de proteção do direito fundamental, identificando-se os bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção, além da verificação de possíveis restrições esculpidas na Constituição e de reservas legais restritivas (MENDES, 2008). Esse processo operacionalizar-se-á através da hermenêutica constitucional.

Depreende-se, pois, que as limitações observarão as disposições expressamente previstas para tanto, não se operando à margem constitucional.

2.2 Limites diretamente constitucionais

O próprio texto da Constituição prevê limites ao exercício dos direitos fundamentais. É o que se depreende da leitura do seu art. 5º, XVI, por exemplo, quando condiciona o direito de reunião à não utilização de armas, bem como à não frustração de outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.

Novamente, reitera-se o caráter excepcional dessas restrições. BONAVIDES, nesse sentido, afirma que os direitos fundamentais “só excepcionalmente se relativizam segundo o critério da lei ou dentro dos limites legais, sendo a limitação mensurável na extensão e no conteúdo (2005, p. 561)”.

2.3 Limites indiretamente constitucionais

De outro turno, a Carta Maior, em alguns de seus postulados, autoriza balizas aos direitos fundamentais a serem regulamentadas pela legislação infraconstitucional. Destaca-se, nesse particular, o princípio da reserva legal.

MENDES (2008) explicita que esse preceito envolve aspectos formais, condizentes à competência, ao processo e à forma de elaboração da restrição, e materiais atinentes às condições e aos limites ao exercício dessa atribuição. Destaca, ademais, que a reserva legal é simples ou qualificada, segundo a disposição constitucional.

Destarte, na primeira hipótese, a reserva é incondicionada, porquanto a Constituição apenas impõe, de maneira genérica, que o exercício do direito fundamental deva realizar-se conforme a lei que porventura exista. Ilustra-se tal modalidade com o art. 5º, XIII, ao preconizar o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

No tocante à reserva qualificada, porém, o texto constitucional restringe a atuação do legislador dentro do âmbito que pré-determina. É o que ocorre, por exemplo, no caso de interceptação telefônica, regulamentada pela Lei nº9296/1996, mas delimitada pelo disposto no art. 5º, XII, que estipula a vinculação da lei à forma e às hipóteses que prevê, quais sejam, operar-se-á por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal tão-somente.

Outrossim, cabe salientar que no art. 5º, II da Constituição Federal, encontra-se uma cláusula subsidiária de reserva legal, cujo conteúdo dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ratifica-se, então, a premissa de que eventual limitação de direitos fundamentais se assente sempre em norma constitucional.

Entretanto, MENDES faz um alerta: “a formulação assaz imprecisa de garantia individual ou a outorga ao legislador de responsabilidade pela sua concretização podem esvaziar por completo o significado dos direitos fundamentais em determinada ordem constitucional”. E, ainda, acrescenta que “a utilização abusiva dessas reservas pode reduzir ou nulificar a garantia outorgada pela Constituição” (2008, p.295).

Enfatiza-se, por derradeiro, que a reserva legal se constitui *conditio sine qua non* à eventual restrição de um direito fundamental. E, sobretudo, destaca-se que essa possibilidade de limitação encerra em si comandos imanentes, os quais deverão balizar a atuação do intérprete, no processo da hermenêutica constitucional.

3 Limites à relatividade dos direitos fundamentais

3.1 Princípio da proteção do núcleo essencial e das cláusulas pétreas

Pode-se afirmar que as normas constitucionais gravitam em torno de um núcleo central, cujo conteúdo delimita a aplicação e interpretação desses postulados. Trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se consubstancia no próprio fundamento material dos direitos fundamentais.

Dessa forma, esse preceito representa o vetor a nortear a elaboração de uma conceituação ampla e homogênea, que englobe características comuns a esses direitos, cujo leque vem se ampliando em consonância com a dinâmica temporal. Inclusive, para alcançar os direitos fundamentais implícitos, não previstos expressamente na Constituição.

Nesse sentido, MENDES conclui: “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana (2008, p.227)”.

CASTRO, nessa linha, aduz que “o postulado da dignidade humana constitui-se no direito prolífero por excelência, tendo gerado nas últimas décadas várias famílias de novos direitos que angariaram o status de fundamentalidade constitucional (2003, p.20)”.

Inserido no contexto do constitucionalismo pós-moderno, caracterizado pela abertura sistêmica, o autor referido atribui ao preceito da dignidade e da expansão ilimitada da personalidade humana a função de fio condutor da eclética e difusa produção de valores da sociedade contemporânea.

À luz dessa constatação, percebe-se que os direitos fundamentais podem e devem ser relativizados para que coexistam, porém atentando-se a um núcleo essencial que deve ser preservado – a dignidade da pessoa humana.

A despeito da abstração inerente a esse conceito, SILVA (1996) situa-o na esfera de situações jurídicas sem as quais o indivíduo não se realiza, não convive e, às vezes, nem sobrevive.

NUNES afirma que “a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa (2002, p. 52)”. Enfatiza, contudo, que a essa conceituação deve-se agregar uma “qualidade social como limite à possibilidade de garantia, sendo que a dignidade só é garantia ilimitada se não ferir outra” (2002, p.50).

Faz-se pertinente citar MENDES ao inferir que “o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (2008, p.306)”.

Ademais, o sistema constitucional, de forma expressa, limita a possibilidade de emenda à Carta Maior, arrolando matérias que não poderão ser objeto de modificação. São as denominadas cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º da Constituição.

Para BASTOS (2001), essas cláusulas dizem respeito a questões de fundo e não formais. Consubstanciam-se no seguinte rol: forma federativa de Estado; voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes; direitos e garantias individuais.

Em face do exposto, constata-se que a proibição referida se direciona ao poder constituinte derivado, cujo exercício não poderá sobrepor-se ao conteúdo da Constituição. Logo, a violação a essa vedação corresponderia, como leciona BONAVIDES, a um “verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional (2005, p.202)”.

3.2 Princípio da proporcionalidade

De pronto, faz-se necessário mencionar que o preceito da proporcionalidade não encontra previsão expressa no texto constitucional. Consubstancia-se, pois, num princípio implícito, inferido da própria existência de um Estado de Direito Democrático, cuja base precípua reside na preservação dos direitos fundamentais. Depreende-se, pois, do art. 5º, § 2º da Lei Maior.

Nesse sentido, BONAVIDES esclarece: “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade (2005, p.395)”.

NUNES, por sua vez, aponta-o como “derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo-o ressurgir como princípio ordenador apenas quando se estiver diante do conflito – possível – de dignidades (2002, p. 42)”.

Numa perspectiva histórica, BONAVIDES situa o princípio em tela no bojo de duas concepções de Estado de Direito, uma norteada pelo princípio da legalidade, e outra mais recente e em ascensão, calcada no princípio da constitucionalidade, a qual “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica (2005, p.398)”.

Com efeito, erigiu-se esse mandamento a axioma constitucional, não obstante o seu caráter não expresso. Balizada doutrina vislumbra-o como princípio geral do Direito, verdadeira referência instrumental hermenêutica, mormente no tocante às limitações aos direitos fundamentais.

Diante dessas considerações, faz-se menção aos subprincípios que o compõem, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em consonância com esses comandos, para que haja proporcionalidade entre o meio utilizado e o fim almejado pelo intérprete, aquele deve ser não só útil, como o menos invasivo possível, e, ademais, os benefícios gerados devem ser maiores que os prejuízos causados.

Por conseguinte, ao hermeneuta não se concede um poder arbitrário, conquanto a sua margem de atuação alargue-se sensivelmente. Isso porque existem critérios de exegese que delimitarão seu ofício. Destarte, no processo de interpretação constitucional, deve-se observar a hierarquia dos valores envolvidos no conflito, sacrificando-se o mínimo para preservar-se o máximo, sobretudo o núcleo essencial e as cláusulas pétreas da Constituição.

Aliás, o suposto incremento dos poderes do julgador, em detrimento do legislador, com o conseqüente desequilíbrio entre os Poderes, constitui uma crítica à utilização do princípio em tela. Todavia, como contrapõe BONAVIDES (2005), ao conectar-se a proporcionalidade, como via interpretativa, com a denominada *interpretação conforme a Constituição*, essa resistência esvazia-se.

Como exposto, a operacionalização do preceito da proporcionalidade, diante de antinomias entre direitos fundamentais, ocorre a partir da ponderação dos bens jurídicos envolvidos, os quais, uma vez cotejados, revelam qual norma se mostra a mais consentânea à situação concreta.

Em última análise, busca-se conservar a congruência das relações jurídicas no processo de interpretação e harmonização dos postulados constitucionais, quando aplicados faticamente.

CASTRO conclui: “a proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vá além do que seja necessário ou, pelo menos, defensável em virtude de um outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma” (2003, p. 82).

Assim, a violação ao preceito em apreço reveste-se de peculiar gravidade. “Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau” (BONAVIDES, 2005, p. 435).

3.3 Princípio da proibição do retrocesso

Na linha dos princípios até aqui explicitados, a proibição do retrocesso igualmente põe-se a serviço da limitação à relativização dos direitos fundamentais. Com efeito, numa perspectiva evolutiva, torna-se possível vislumbrá-los como conquistas históricas, enquanto direitos que se somam ao longo do tempo.

Esse caráter de cumulatividade, agregado à relevância do seu conteúdo nas Constituições contemporâneas, veda de forma incontestada quaisquer práticas tendentes à sua redução ou supressão arbitrárias, seja pelo legislador, na elaboração de leis que os regulamentem, seja pelo julgador, na interpretação de seu teor.

Sendo assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais encerram um sentido de projeção e transcendência constante, não sendo comandos estanques. E, sob esse prisma, a proibição do retrocesso consubstancia-se na maximização da eficácia das normas que os contemplam, juntamente com os preceitos da preservação do núcleo essencial e das cláusulas pétreas, bem como da proporcionalidade.

SARLET salienta que a proibição do retrocesso “representa uma proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional, que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas” (2005, p. 30).

Por fim, constata-se a ascendência dos princípios enquanto instrumentos a otimizar o conteúdo da Constituição, mormente no que atine aos direitos fundamentais. Nesse particular, constituem-se nos alicerces que balizam a relativização desses direitos quando se encontram em colisão, compatibilizando-os e acentuando a unidade das normas constitucionais.

MENDES conclui: “a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar a Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional (2008, p. 289)”.

Considerações finais

Dado o exposto, constata-se que a implementação dos direitos fundamentais se consubstancia na missão precípua de um Estado Democrático de Direito. Evidencia-se, por conseguinte, a sua relevância normativa, enquanto conquistas amalhadas ao longo do tempo pelo indivíduo, consoante às mutações de cada época.

Destarte, o caráter histórico, universal, cumulável e indisponível dos direitos fundamentais não contrasta com a idéia de relatividade ínsita a eles. Isso na medida em que integram um sistema que oscila entre a abertura e a unidade, ao prestigiar, de um lado, preceitos de otimização e, por outro, prever matérias sobre as quais o poder constituinte derivado não poderá operar.

Considerando-se tal inserção, explicitou-se que eventual restrição deve arrimar-se na Constituição, seja na esfera do convívio das liberdades públicas, seja por previsão direta em seu texto, ou quando esse permitir que a lei o faça. Ademais, deve proceder-se à prévia análise do âmbito de proteção do direito fundamental, visando mensurar sua extensão e, com isso, evitar arbitrariedades.

Em vista disso, analisaram-se os princípios da preservação do núcleo essencial e das cláusulas pétreas, da proporcionalidade e da proibição do retrocesso, enquanto instrumentos balizadores das limitações aos direitos em comento.

Por derradeiro, corroborou-se a inadmissibilidade de direitos absolutos, por serem incompatíveis com a idéia de harmonização de um sistema normativo composto de regras e princípios, o qual deve mostrar-se consentâneo à dinâmica social. Porém urge não se olvidar os limites imanentes à relatividade dos direitos fundamentais, a fim de evitar-se o esvaziamento de seu conteúdo.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 08 de Julho de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.