

## ANOTAÇÕES SOBRE LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### NOTES ON LIMITS AND RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

*Dermeval Rocha da Silva Filho  
Advogado da União. Procurador-Seccional da União  
em Ilhéus/BA. Especialista em Direito Constitucional.*

**SUMÁRIO:** Introdução: 1 Definindo o âmbito de proteção do direito fundamental; 2 Restrições mediante reservas legais simples e qualificada; 3 Direitos fundamentais com reserva legal simples; 4 Direitos fundamentais com reserva legal qualificada; 5 Outras limitações possíveis – Direitos Fundamentais sob limites imanentes; 6 Respeito a direitos fundamentais de terceiros; 7 Direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública; 8 Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição; 9 Os subprincípios da proporcionalidade como balizas para aferição da constitucionalidade dos limites e restrições aos direitos fundamentais; 9.1 Adequação; 9.2 Necessidade; 9.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 10 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 admite limites e restrições a direitos fundamentais, fazendo-o, em alguns casos, expressamente via reservas legais simples e qualificada. Contudo, há quem entenda que outros limites e restrições podem recair sobre os direitos fundamentais, independentemente de cláusula expressa nesse sentido, bastando para tanto que estejam em exame o interesse público, questões de ordem pública e relações especiais de sujeição. O presente artigo analisa o princípio da proporcionalidade como parâmetro eficaz na análise da constitucionalidade das afetações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Limites e Restrições a Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade no Controle de constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The 1988 Federal Constitution admits limits and restrictions on fundamental rights, making it expressly reserves through simple legal and qualified.

However, there are those who understand that other limits and restrictions may be on fundamental rights regardless of express provision to that effect, simply that they are both under consideration the public interest, public order issues and special relations of subjection. This article analyzes the principle of proportionality as effective parameter in analyzing the constitutionality of the damages.

**KEYWORDS:** Limits and Restrictions on Fundamental Rights. Principle of Proportionality in Control of Constitutionality.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar algumas hipóteses em que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 podem sofrer limites e restrições pelo legislador infraconstitucional. A tarefa não é fácil, já que o texto constitucional não tem uma regra geral sobre o assunto, o que tem levado o meio jurídico pátrio a defender, ora

uma ampla concepção restritiva, ora uma reduzida possibilidade de restrições, e nesse último caso apenas nas hipóteses onde prevista uma cláusula de reserva legal.

Nessa perspectiva, destacar-se-á a importância do exame do âmbito de proteção da norma jusfundamental, para somente depois analisar onde e como o constituinte permite afetações onerosas aos direitos nela positivados. No segundo momento, estudaremos os limites e restrições sob reservas legais simples e qualificada, analisando as possibilidades de restrição quando ausentes tais reservas.

Por fim, esse trabalho propõe-se ainda a abordar, ainda que superficialmente, um dos parâmetros utilizados para aferir a constitucionalidade dessas afetações, fazendo-o via princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

## **1 DEFININDO O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL**

Nem toda violação de direito constitui afronta a um direito fundamental. Logo, a definição do âmbito de proteção de um direito tem a ver com o identificar agasalhado, ou não, à sombra de uma norma jusfundamental, e o necessário enquadramento de um pretense titular no âmbito da proteção previsto na Constituição, parece ser condição para examinar até onde pode ir o legislador infraconstitucional, quando em foco limites e restrições ao direito fundamental ali albergado.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>1</sup> diz que:

“A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma séria de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (Schutzbereich) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.”

“É a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção [...] da garantia fundamental”<sup>2</sup>.

Um precedente do Supremo Tribunal Federal, excluindo o trottoir da liberdade de locomoção às prostitutas, esclarece melhor<sup>3</sup>: “não há direito constitucionalmente assegurado à prática do trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes”.

É a preocupação de saber se o direito que se julga limitado ou restringido está de fato inserido na categoria do direito fundamental trabalhado, na perspectiva de que, do possível âmbito de proteção inicialmente apresentado, se exclua, desde logo, toda ou qualquer hipótese fática que não permita o estabelecimento de uma mínima conexão com o provável conteúdo do direito fundamental em foco<sup>4</sup>.

---

1 MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 210.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 150-151.

3 STF. RHC 59.104, rel. Min. Moreira Alves, DJ 3.11.1981.

4 FREITAS. Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225.

## 2 RESTRIÇÕES MEDIANTE RESERVAS LEGAIS SIMPLES E QUALIFICADA

De início, importante ter presente que não se pode afirmar que todos os direitos fundamentais contemplados na CF de 88 são absolutos, primeiro porque são direitos históricos onde ínsita a idéia de transitoriedade, elevados a tal condição por uma geração constituinte, segundo, porque, em que pese sua função dirigente e sistematizadora, com projeção e irradiação sobre todo o ordenamento jurídico, eles não são infensos a limites e restrições implícita ou explicitamente contidos na própria Constituição que os concebe.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>5</sup> “Não são eles nem anteriores nem superiores ao Estado, não são inalienáveis nem imprescritíveis... São propostas que o legislador, ordinário ou constituinte, adota ou não, quando melhor lhe parece”.

Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas:<sup>6</sup>

O sistema de direitos fundamentais desempenha a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo cristalizado no ordenamento jurídico democraticamente constituído [...] passando os direitos fundamentais a constituírem-se em um conjunto de valores e fins dirigentes da ação dos poderes públicos, não somente são ampliados os encargos – através da previsão dos direitos a prestações positivas –, como também se potencializa a produção de um efeito conformador de todo o sistema jurídico e, como tal, legitimador de uma específica compreensão do Direito adequada ao sistema de direitos fundamentais.

Sendo assim, partindo do princípio de que, via de regra, inexistem direitos fundamentais absolutos, examinemos onde seria possível haver restrições sobre eles.

## 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA LEGAL SIMPLES

Diz Luiz Fernando Calil de Freitas,<sup>7</sup> a propósito das reservas legais simples, que:

Por intermédio delas, o legislador constituinte simplesmente remete ao legislador ordinário a tarefa de em momento posterior limitar o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como prefigurado na norma jusfundamental, sem, todavia, acrescer a tal autorização qualquer espécie de delimitação.

Na Constituição de 88, são exemplos de direitos fundamentais sob reserva legal simples, os constantes do art. 5º, incisos VI, VII, XV, XLV, entre outros:

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VII- é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, *nos termos*

---

5 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 282.

6 FREITAS, op. cit. p. 36.

7 FREITAS, op. cit. p. 163.

*da lei*, estendidas aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Em tais normas que prevêem direitos fundamentais sob reserva legal simples, o legislador constituinte abre espaço para que o legislador ordinário imponha restrições aos direitos ali positivados, conferindo tal mandato via expressões como: "nos termos da lei", "na forma da lei", "salvo nas hipóteses previstas em lei", como, por exemplo, se pode constatar dos incisos citados.

Dizendo de outra forma, na reserva legal simples, o constituinte admite restrições às liberdades públicas positivadas, bastando para isso que a lei seja editada com base em autorização da própria Constituição.

Interessante que em outras hipóteses mencionadas no mesmo artigo 5º, a Constituição vai mais longe e confere ao legislador ordinário a tarefa de não só restringir, mas também conferir contornos ao conteúdo do próprio direito fundamental assegurado.

É a observação de Gilmar Ferreira Mendes<sup>8</sup>, quando, ao comentar os incisos XLIII e LXVII, ambos do art. 5º da CF de 88, assim averbou:

No primeiro caso, relativos aos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. Essa questão tornou-se ainda mais polêmica, porque o legislador ordinário, de posse do mandato que lhe foi conferido constitucionalmente, entendeu por bem impor que a execução da pena se fizesse exclusivamente em regime fechado (Lei nº 8.072/1990, art. 33, §2º), em aparente contradição com o disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição.

No que se refere à liberdade provisória, também optou o constituinte, aparentemente, por conferir amplo poder discricionário ao legislador, autorizando que este defina os casos nos quais seria aplicável o instituto. É quase certo que a expressão literal aqui é má conselheira e que todo o modelo de proteção à liberdade instituída pela Constituição recomende uma leitura invertida, segundo a qual haverá de ser admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança, salvo em casos excepcionais, especialmente definidos pelo legislador.

Vê-se, portanto, que, mesmo no caso dessa liberdade para restringir mais extensa franqueada ao legislador infraconstitucional, como abordado pelo autor referido, em verdade tal somente pode acontecer por conta de autorização ainda que imprecisa constante da própria norma jusfundamental, vazada na chamada reserva legal simples.

#### **4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA LEGAL QUALIFICADA**

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes<sup>9</sup>:

Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter Gesetzesvorbehalt) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

---

<sup>8</sup> MENDES. Gilmar Ferreira et al. op. cit., p. 236.

<sup>9</sup> MENDES. Gilmar Ferreira et al. op. cit., p. 236.

Em nossa Constituição, pode-se citar como exemplos de reserva legal qualificada, os incisos XII e XIII, ambos do art. 5º. Veja-se:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

No primeiro inciso, o constituinte estabelece como regra o sigilo das comunicações telefônicas, excepcionando-o em hipóteses expressamente delineadas, a saber: a quebra da inviolabilidade do sigilo somente é permitida mediante ordem judicial, quando em foco investigação criminal ou instrução processual penal, nas situações que a lei estabelecer<sup>10</sup>.

No caso, a restrição ao sigilo ora autorizado pela norma jusfundamental revela-se qualificada na medida em que exclusivamente autorizadas sob três balizas ali previamente impostas, ordem judicial, persecução criminal e instrução processual penal.

No segundo exemplo citado, o legislador constituinte foi claro no sentido de admitir restrições ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que naquilo que diga respeito à qualificação profissional. É o que se infere da lição de José Afonso da Silva<sup>11</sup>, o qual assim expressou:

Mas o autor da Tese conhece a posição do autor do livro com relação aos direitos absolutos. Pois se sustento que os direitos fundamentais são históricos, só por isso já está reconhecido que não os acho absolutos. Mas, por outro lado, também não admito a interferência do legislador para restringi-los senão onde a própria Constituição autorize. A concepção da Tese, nesse particular, é perigosa, quando sustenta a restringibilidade, sempre, dos direitos fundamentais, especialmente das liberdades públicas, pelo legislador, sem arrimo constitucional.

O autor critica a influência do direito alemão sobre o constitucionalismo pátrio, lembrando que a Constituição alienígena, em seu art. 2º, nº 2, diz que “Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base numa lei”.

Segundo ele, o direito constitucional brasileiro não confere essa autorização genérica ao legislador infraconstitucional,<sup>12</sup> não comungando dessa idéia o professor Gilmar Ferreira Mendes,<sup>13</sup> para quem o inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz consigo uma cláusula de reserva subsidiária.

Aliás, essa posição de José Afonso encontra assento explícito na Constituição de Portugal, art. 18º, nº 2, no sentido de que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

---

10 O Supremo Tribunal Federal admite que Comissão Parlamentar de Inquérito quebre o sigilo telefônico, ao entender que tal material não está abrangida pela reserva absoluta de jurisdição (STF, Pleno, MS 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16-9-1999).

11 SILVA, op. cit. p. 279.

12 Ibidem, p. 284.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 227 et seq.

De qualquer sorte, parece não haver dúvida que há direitos que são amplos e preexistem a qualquer restrição, como o direito de não ser torturado, uma vez que sua eficácia jurídica brota do próprio texto constitucional, não dependendo de regulamentação, e não assentindo com outras afetações.

## **5 OUTRAS RESTRIÇÕES POSSÍVEIS - DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB LIMITES IMANENTES**

Os direitos fundamentais com limites imanentes são aqueles que trazem em seu conteúdo barreiras inatas que comprometem a aparente amplitude de seu alcance, e isso independentemente de qualquer ingerência autorizada na norma que os agasalha. Enfim, são direitos que já surgem limitados.

Nas palavras de Luiz Fernando Calil de Freitas<sup>14</sup>, "Afirmar que os direitos fundamentais têm limites imanentes importa dizer que tanto do ponto de vista material, quando do estritamente jurídico, as normas constitucionais jusfundamentais ao estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras".

Cite-se como exemplo o art. 5º, inciso X, da Carta de 88, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, revelando-se como liberdades insitamente condicionadas, na medida em que nem todas as formas de exercitá-las encontram abrigo na previsão normativa<sup>15</sup>.

Mas será que todos os outros direitos estão sujeitos a afetações gravosas ainda que inexistente expressa autorização constitucional nesse sentido, ou o choque com outros direitos de igual estatura constitucional, é o bastante para a intervenção legislativa em seu âmbito de proteção?

A despeito da opinião de José Afonso da Silva, já citada neste trabalho, no sentido da impossibilidade de restrições não expressamente autorizadas pelo legislador constituinte, há quem advogue a compatibilidade de tais restrições a partir das seguintes situações: respeito a direitos fundamentais de terceiros, direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública e direitos fundamentais submetidos a relações especiais de sujeição.

## **6 RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIROS**

Como dito, os direitos fundamentais via de regra não são absolutos, e seu exercício dá-se mediante o respeito ao direito daqueles outros que também titularizam liberdades públicas de igual importância constitucional (direito dos outros), sendo tal convivência harmonioso corolário lógico da vida em sociedade. Leciona Luiz Fernando Calil de Freitas<sup>16</sup>:

Saber qual direito fundamental agride a esfera de outro direito fundamental é de suma importância, já que por aplicação da doutrina dos direitos dos outros enquanto limite imanente dos direitos fundamentais o Estado fica na posição de obrigação a observar seus deveres de omissão, tanto quanto na de obrigado a desenvolver seus deveres de proteção, devendo concomitantemente prevenir atuações suas e dos particulares que sejam lesivas e atuar posteriormente à agressão.

---

14 FREITAS, op. cit. p. 83.

15 Ibidem, p. 83.

16 FREITAS, op. cit. p. 91.

Com base nos chamados direitos de terceiros, seria possível fazer afetações gravosas ao conteúdo dos direitos fundamentais, ainda que sem reservas legais simples ou qualificadas.

## **7 DIREITOS FUNDAMENTAIS LIMITADOS POR QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICO**

Trata-se da relativização de direitos fundamentais que eventualmente cedem lugar para outros valores superiormente consagrados como expressão da tutela do bem comum, do interesse público, do interesse social, dos bons costumes e da segurança pública.

Cite-se, ainda a título de exemplo, a possibilidade do Poder Público proibir a realização de um culto religioso, em que pese a norma jusfundamental contida no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal. Essa vedação, contudo, deve acontecer sempre à luz do princípio da proporcionalidade, valendo salientar, de antemão, algumas ressalvas de José Afonso da Silva, no sentido de que<sup>17</sup>:

Deve-se, apenas, acrescentar que as regras de contenção da eficácia daquelas normas não podem ir ao ponto de suprimir as situações subjetivas em favor dos governados. Essa contenção só pode atuar circunstancialmente, não de modo contínuo. Isso seria ditadura.

O constitucionalista defende que se ao Estado compete promover a ordem pública, certamente que para a consecução desses objetivos, há que ser autorizado pela constituição (nos estritos termos de suas normas), quer por conceitos gerais – bons costumes, bem comum etc., -, quer por lei cuja eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado, na busca da efetivação da prosperidade da comunidade<sup>18</sup>.

Aqui as liberdades individuais encontram condicionamentos em nome de razões que digam respeito a uma convivência ordenada entre os cidadãos.

## **8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO**

Há hipóteses em que se pode cogitar da possibilidade de interferências sobre os direitos fundamentais, bastando para tanto que seus titulares, a exemplo de servidores públicos, militares, presos, estudantes de instituições públicas, estejam numa relação especial de sujeição perante o Poder Público, de modo a receberem tratamento distinto e mais gravoso em face da generalidade das pessoas. Com base nessa situação jurídica especialmente voltada para grupos determinados, é que, por exemplo, a nossa Constituição restringe o habeas corpus aos militares, art. 142, §2º, limita o direito de greve dos trabalhadores, art. 9º, caput e §1º, suspendendo direitos políticos, consoante se vê do art. 15, incisos III e V.

Luiz Fernando Calil de Freitas<sup>19</sup>, citando Jane Reis Gonçalves Pereira, assinala:

Nessa linha, a autora propugna – com apoio na doutrina de Hesse – inexistir necessidade de específica previsão no texto constitucional da relação especial, bastando que se possa objetivamente verificar a legitimidade constitucional da inserção da instituição no contexto de que aqui se trata.

---

17 SILVA, op. cit. p. 173.

18 Ibidem, p. 114-115.

19 FREITAS, op. cit. p. 129.

Paulo Gustavo Gonet Branco não parece divergir, e recomenda, antes da interferência, a ponderação dos direitos fundamentais atingidos, quando ausente lei autorizativa de restrições eventualmente necessárias. *Verbis*:

As restrições dos direitos fundamentais hão de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há que se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial.

Com outros termos, ele lembra mais claramente que as restrições devem obediência ao princípio da proporcionalidade<sup>20</sup>:

Hão de ser proporcionais, não se elastecendo necessariamente a todos os aspectos da vida do sujeito. Desse modo, a liberdade de expressão dos militares pode vir a ser contida, mas na medida em que isso for necessário à disciplina. A liberdade de expressão artística dos militares, entretanto, não é de ser necessariamente afetada. De outra parte, os presos não vão poder cobrar o direito de livre circulação e a plenitude dos direitos políticos. Mas não se justifica que se lhes recuse o direito à vida, o direito à incolumidade física, a liberdade de crença religiosa ou mesmo o direito de petição.

Enfim, é possível impor afetações gravosas no caso em foco desde que não exceda tanto que acabe sufocando outros direitos fundamentais.

## **9 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE COMO BALIZAS PARA AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O princípio da proporcionalidade e da “proibição de excessos” para os alemães, princípio da razoabilidade para os americanos, sem designação consensual no direito pátrio, referido princípio, que é mais fácil de ser sentido do que conceituado ou definido<sup>21</sup>, é parâmetro de justiça e da aferição da menor ingerência possível na atuação restritiva do Estado.

Segundo Anderson Sant’ana Pedra<sup>22</sup>:

o princípio da proporcionalidade é axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado Democrático de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada tema legítimo de autoridade.

Na visão de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo<sup>23</sup>, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma concordância prática entre os diferentes valores constitucionalmente consagrados, objetivando que sejam minimamente limitados em caso de colisão”.

Humberto Ávila<sup>24</sup>, que usa o termo postulado em vez de princípio, ensina o seguinte:

---

20 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et all. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2002. p. 192-193.

21 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

22 PEDRA, Anderson Sant’ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 94.

23 FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: RCS. 2005. p. 174.

24 ÁVILA, op. cit. p. 146.

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Nessa obra referida, o autor trata dos subprincípios da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, balizas que servem para aferição da constitucionalidade da restrição, lembrando que todas devem ser observadas, sob pena de invalidade da norma.

## 9.1 ADEQUAÇÃO

Se o meio se revela adequado quando atinge o fim a que se destina, surge a necessidade de entender qual a finalidade pretendida pelo legislador infraconstitucional, ao impor uma determinada restrição, para só então aferir se o remédio receitado é o apropriado.

Diz Luiz Fernando Calil de Freitas<sup>25</sup> que:

O princípio da adequação, princípio da idoneidade ou da conformidade, como também é conhecido, estabelece que, no exame do caso concreto, se verifique se a afetação desvantajosa no direito fundamental foi produzida com o emprego de meio que de forma mais adequada se mostre apto a promover o atingimento da finalidade perseguida. É dizer: examina-se se o meio eleito, conquanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido.

Na prática, porém, há proibições que, embora quase inexpressivas em termos de resultados, não chegam a ser inconstitucionais<sup>26</sup>, eis que, conforme escreveu Suzana de Toledo Barros<sup>27</sup>:

Sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.

Tal significa a possibilidade de uma dada proibição vir a passar no teste da adequação, embora não tenha a mesma sorte com relação à necessidade.

## 9.2 NECESSIDADE

Segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>28</sup>, "o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa."

---

25 FREITAS, op. cit. p. 208.

26 MENDES, Gilmar Ferreira et al. op. cit., p. 249

27 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996. p. 223.

28 MENDES, op. cit. p. 250.

Nas palavras de Paulo Armínio Tavares Buechele<sup>29</sup>.

Constatada, em um primeiro plano, a aptidão da lei restritiva para atingir o fim perseguido pelo Texto Constitucional (proteção e efetivação de um determinado direito fundamental), o passo seguinte, na tarefa de controlar a constitucionalidade da limitação normativa, é aferir se a imposição do legislador era, realmente, naquele preciso instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.

Em outras palavras, há quem defenda, por exemplo, que determinados agentes públicos podem ser enquadrados na chamada relação especial de sujeição, podendo o legislador conformador fazer recair sobre eles restrições outras não expressamente previstas na Constituição, desde que em intensidade compatível com seus direitos fundamentais, resolvendo-se eventuais excessos através do filtro da proporcionalidade.

Não sem razão Clèmerson Clève<sup>30</sup> afirma que há atos de conformação, por se revelarem desnecessariamente onerosos ao direito fundamental atingido, sabido que há outros menos traumáticos de igual eficácia, que não cabem na moldura da proporcionalidade, sendo materialmente inconstitucionais, *verbis*:

Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à 'liberdade de conformação do legislador', tenha sido editada 'não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável.

É o chamado excesso do poder de legislar, a teor das palavras de Anderson Sant'ana Pedra, a atrair a censura do Poder Judiciário:

É cediço que a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), mas a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura excesso de poder de legislar. Isto se impõe haja vista que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado Democrático de Direito, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivadamente ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis.

É o teste da necessidade ou da menor ingerência possível.

### **9.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO**

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ter a ver com o ponderar se um remédio, embora adequado e necessário, trouxe os resultados pretendidos sem sobrecarga desmedida ao paciente.

---

29 BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 130.

30 CLÈVE. Clèmerson. *Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 45.

Paulo Armínio Tavares Buechele<sup>31</sup> sintetiza:

O aspecto chave é a ponderação, a relação “custo-benefício”, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional. Vale dizer, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos.

Em outros termos, o remédio da proibição deve constituir meio idôneo para atingimento de suas finalidades, princípio da adequação, deve passar pelo crivo da menor ingerência possível, princípio da necessidade, e por último deve submeter-se ao necessário equilíbrio entre meio e fins, de modo a evitar qualquer intervenção que não se revele justa ou razoável, e que poderia ser concretizada de forma alternativamente menos dolorosa ao direito fundamental atingido.

## 10 CONCLUSÃO

Vê-se assim que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados e restringidos, sendo certo que tais afetações gravosas a esses direitos podem acontecer mediante autorização implícita ou explícita da própria Constituição. Ou seja, via reservas legais simples e qualificada (reservas expressas), respeito a direitos fundamentais de terceiros, por questões de ordem pública e tendo em vista relações especiais de sujeição (reservas não expressas). Essas afetações, contudo, devem submeter-se ao controle de constitucionalidade, dentro do qual o princípio da proporcionalidade, sobretudo em se tratando de reservas não expressas, aparece como de grande importância.

## REFERÊNCIAS:

ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2004.

BULOS, Uadi Lamêgo Bulos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CLÈVE, Clèmerson. *Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005.

---

31 BUECHELE, op. cit. p. 132.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Brasília: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PEDRA, Anderson Sant'ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora, 2008.

\_\_\_\_. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOLEDO, Suzana. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1986.