



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Maria Ângela Ferreira Gomes Cavalcanti

**LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO**

**O CASO DO ABUSO DE PODER RELIGIOSO NO PROCESSO ELEITORAL:
LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU AFRONTA À ORDEM DEMOCRÁTICA?**

Recife
2019

Maria Ângela Ferreira Gomes Cavalcanti

**LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO**

**O CASO DO ABUSO DE PODER RELIGIOSO NO PROCESSO ELEITORAL:
LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU AFRONTA À ORDEM DEMOCRÁTICA?**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para Conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito pela UFPE.**

**Área de Conhecimento: Direito
Constitucional. Direito Eleitoral.**

Orientador: Prof. Sérgio Torres Teixeira.

Recife
2019

Maria Ângela Ferreira Gomes Cavalcanti

Limitações aos Direitos Fundamentais e a Liberdade de Expressão. O caso do abuso de poder religioso no processo eleitoral: liberdade de expressão ou afronta à ordem democrática?

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof. Sérgio Torres Teixeira

Prof.

Prof.

RESUMO

Os direitos fundamentais são garantias constitucionalmente positivadas que resguardam direitos tidos como essenciais. Tendo como base a preservação da dignidade humana, tais direitos foram surgindo e sendo consolidados ao longo do tempo a partir de eventos históricos e aparecimento de novas demandas de direitos. Encontrando-se positivados no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, ocupam local de maior hierarquia no ordenamento, entretanto, isto não os torna direitos absolutos. E, não sendo direitos absolutos, a eles cabem limites e restrições, que podem surgir a partir de três hipóteses: a partir de expressa disposição constitucional; a partir de restrição oriunda de normal legal promulgada com fundamento em previsão constitucional; e, a partir da colisão de direitos fundamentais. Dentre os direitos fundamentais destaca-se a liberdade de expressão, cuja limitação é constantemente alvo de debate. Um desses debates é acerca da propaganda eleitoral realizada por líderes religiosos ou em templos religiosos, que fazem uso de sua posição ou espaço para pedir votos ou influenciar seus devotos positiva ou negativamente acerca de candidatos. Apesar de defenderem o mero uso da liberdade de expressão, tal atitude vai de encontro não só às normas constitucionais e da Lei das Eleições (nº 9.504/1997) como também vai de encontro a princípios do direito eleitoral e da propaganda eleitoral. Desta forma, a influência de líderes religiosos no processo eleitoral compromete a igualdade de oportunidades entre os candidatos e a lisura das eleições, visto que pela influência nos votos dos eleitores, a raiz democrática consubstanciada no voto torna-se viciada, o que acarreta na ilegitimidade do pleito e põe em xeque a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Limites. Liberdade de Expressão. Propaganda Eleitoral. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. Teoria dos direitos fundamentais.....	8
1.1 Gerações.....	11
1.1.1 Primeira geração.....	12
1.1.2 Segunda geração.....	14
1.1.3 Terceira geração.....	16
1.1.4 Quarta geração.....	18
1.1.5 Quinta geração.....	19
1.2 Dimensões.....	19
1.2.1 Dimensão subjetiva.....	19
1.2.2 Dimensão objetiva.....	20
1.3 Características dos direitos fundamentais	21
2. Limites dos direitos fundamentais.....	25
2.1 Teoria interna.....	25
2.2 Teoria externa.....	27
2.3 Tipos de restrições.....	30
2.4 Limites dos limites.....	32
2.4.1 O núcleo fundamental dos direitos humanos.....	33
2.4.2 O critério da proporcionalidade.....	35
3. Liberdade de Expressão.....	36
4. O abuso de poder religioso na propaganda eleitoral: liberdade de expressão ou afronta à ordem democrática?.....	40
4.1 Os princípios do direito eleitoral.....	40
4.1.1 O princípio democrático.....	41
4.1.2 Democracia Representativa.....	41
4.1.3 Estado Democrático de Direito.....	42
4.1.4 Soberania Popular.....	42
4.1.5 Princípio Republicano.....	42
4.1.6 Princípio Federativo.....	43
4.1.7 Sufrágio Universal.....	43

4.1.8 Legitimidade e normalidade das eleições.....	44
7.1.9 Moralidade.....	44
4.1.10 Probidade.....	44
4.1.11 Igualdade ou Isonomia.....	44
4.2 A propaganda eleitoral.....	45
4.3 Do abuso de poder religioso.....	46
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o objetivo de analisar a limitação dos direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão. Para isso, faz-se necessário, primeiramente, compreender toda a teoria que envolve a definição, o surgimento, a evolução, a consolidação, as dimensões e as características dos direitos fundamentais.

A ocorrência de eventos históricos que fez surgir novas demandas de direitos foram de fundamental importância para a consagração dos direitos fundamentais. Pautados numa ideia de dignidade humana, estes foram se desenvolvendo buscando conceder mais garantias para que se fossem assegurados direitos de liberdades, direitos sociais, e direitos pautados em princípios como a solidariedade e a fraternidade.

Evidentemente, tais direitos ocupam local privilegiado no ordenamento jurídico por serem postos em texto constitucional com garantias fundamentais. Entretanto, tais direitos não são absolutos, cabendo recair sobre eles algumas limitações.

Nesta perspectiva, o presente trabalho abordará as teorias e tipos de restrições e limites em voga na atualidade. E, ao abordar as limitações, mostra-se adequado também analisar o limites dessas limitações, de modo que a definição de um núcleo fundamental entra em questão junto com o critério da proporcionalidade.

Compreendida a teoria geral e os limites, é o momento de analisar os aspectos da liberdade de expressão, a qual é colocada como argumento na análise do caso sobre o abuso de poder religioso na propaganda eleitoral.

Tal abuso decorre da prática de líderes religiosos se utilizarem de seu poder e local de atuação para fazer propaganda eleitoral. Tal ato vai de encontro a uma série de normas e princípios de direito constitucional e eleitoral.

O impacto dessa intromissão na vontade da população gera um desequilíbrio de forças que pode ser responsável por um grande desmonte na ordem democrática, visto que, se as intenções de voto se tonam viciadas, a soberania da população é atacada, visto que, numa democracia esta se reflete pelo voto. E, assim, põe-se em xeque alguns dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Com vista em tudo isso, a intenção final do presente trabalho é analisar o embate entre a liberdade de expressão e a necessidade de se impor limites aos direitos fundamentais com a finalidade de preservação do Estado Democrático de Direito.

1. Teoria dos Direitos Fundamentais

Direitos fundamentais são aqueles, que atribuídos ao homem, são reconhecidos e positivados no direito constitucional de determinado Estado. Desse modo, são mais restritos e delimitados espacial e temporalmente, visto que para ser válido em determinado Estado, este deve ser reconhecido em sua Constituição.

“Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”¹

Entretanto, é comum que ainda se encontrem autores que não diferenciam os direitos humanos dos direitos fundamentais. Como exemplo tem-se Pagliarini, de acordo com o qual:

“Direitos humanos são normas jurídicas contidas em regras, princípios e costumes, escritos ou não – mas que tenham sido positivados pelo Estado ou pela comunidade política internacional – que salvagam o indivíduo e a coletividade em face da atuação do próprio Estado, da própria comunidade jurídica internacional organizada e até dos particulares.”²

Ao ler tal definição entende-se que o os direitos humanos seriam positivados no plano interno e externo. Entretanto, é necessário diferenciar os direitos fundamentais dos direitos humanos.

Apesar de aparentemente próximos, a doutrina majoritária tem diferenciado os direitos humanos dos fundamentais de acordo a sua posituação. Assim, o ponto crucial para a classificação do direito como fundamental seria a sua posituação pelo Estado, enquanto os direitos humanos seriam aqueles positivados no plano internacional³.

Os direitos humanos possuem contornos mais amplos, visto que considera-se como tal as normas de direito internacional que aspiram à validade universal, para todos povos e lugares, com caráter supranacional e universal. Desse modo, essas normas independem de vinculação à ordem constitucional.

1 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

2 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria Geral e Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. 2012. p. 44

3 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Jus Podivm. 9ª Edição. Salvador.2017. p. 321.

Como exemplo das normas de direitos humanos atualmente vigentes tem-se a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (1948), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Convém comentar Bobbio ao estudar o movimento jusnaturalista identifica que os direitos humanos eram considerados direitos imutáveis e naturais aos homens, e, que, logo, preexistiriam a qualquer positivação, sendo considerados justos e eternos⁴. Esta visão é relacionada ao jusnaturalismo, o qual é definido por ele como “uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)”⁵.

Para fundamentar a ideia de um direito natural, o jusnaturalismo busca respaldo em momentos históricos e elementos culturais. Assim, pode-se agrupá-lo em quatro categorias: o jusnaturalismo cosmológico (marcado pelo pensamento da antiguidade clássica), o jusnaturalismo teológico (marcado pela Idade Média e pela ideia de divindade onipresente, onisciente e onipotente), o jusnaturalismo racionalista (pautado na razão humana universal e no pensamento de Kant que coloca a justiça como um imperativo categórico), e, o jusnaturalismo contemporâneo (que defina a justiça como enraizada no plano social e histórico).

Deste modo, os direitos humanos são muitas vezes correlacionados com os direitos naturais por força da tradição jusnaturalista, de acordo com a qual:

“A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular”⁶

Ingo Sarlet critica a correlação feita dos direitos humanos com os direitos naturais, vejamos:

“A consideração de que o termo direitos humanos pode ser equiparado ao de direitos naturais não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que se

4 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999. p. 22-23.

5 BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992. p. 655.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva: São Paulo. 9ª Edição. 2014. p.147.

desprenderam ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural”⁷

O afastamento dos direitos humanos do plano natural é, de acordo com Marcelo Neves, fruto da Modernidade. Tal fato se daria em virtude da mudança de paradigma mundial, que pela dessacralização dá vez ao direito positivado⁸.

Desse modo, hoje tem-se doutrinariamente consolidada a diferenciação entre direitos naturais (ainda não positivados), direitos humanos (reconhecidos e positivados no plano do direito internacional) e direitos fundamentais (positivados pelos Estados em suas Constituições).

Marcelo Galuppo, define direitos fundamentais como produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, direitos humanos estes que seriam entendidos como elementos de discursos morais justificados ao longo da história⁹. Desse modo, defende que os direitos fundamentais não seriam verdades morais dadas previamente, mas sim fruto de um debate e construção que justificam a norma ter sido inserida na Constituição. A consolidação dos direitos fundamentais seriam a porta para a criação dos demais direitos do ordenamento jurídico.

No mesmo contexto, Konrad Hesse define que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”¹⁰.

Canotilho sustenta que a qualificação em normas de direitos fundamentais deve ser feita mediante normas constitucionais visto tratar-se de instrumento normativo máximo, não bastando a sua simples posituação em norma infraconstitucional.

A posituação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer posituação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa posituação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.”¹¹

7 SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012. p. 29.

8 NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. 2005. p. 146.

9 GALUPPO, Marcelo campos. **O que são direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233.

10 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p.225.

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

No direito brasileiro, os direitos fundamentais estão dispostos no artigo 5º da Constituição Federal e visam dar a todos os cidadãos, de forma universal, garantias julgadas essenciais para uma vida digna. Assim, tem a finalidade de resguardar elementos como, por exemplo, a liberdade e a propriedade privada.

Os direitos fundamentais são eleitos pilares do ordenamento não apenas pelo disposto em seu artigo 5º, mas também pelo enfoque dado a estes dispositivos no preâmbulo da Constituição, no qual afirma-se que é tido como propósito “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”.

Paulo Gustavo Gonet Branco atribui o avanço do direito constitucional à afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e à visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões, visto que ao mesmo tempo que se reconhece a Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, se percebe que os valores mais caros da existência humana, merecem estar resguardados por esse documento de força vinculativa máxima¹². Assim, seriam direitos absolutos, que só excepcionalmente poderiam ser relativizados¹³.

Entretanto, o despertar e a consolidação dos direitos fundamentais ocorreu de forma lenta e gradual ao longo da história. Com isso, estes foram divididos em gerações de acordo com o momento histórico e político de seu surgimento.

1.1 Gerações dos Direitos fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais está diretamente ligado aos caminhos traçados pela sociedade. De certo, os direitos fundamentais não surgiram de repente, mas sim é uma ideia que vem sendo construída ao longo do tempo. Assim, a história dos direitos fundamentais está correlacionada à história do constitucionalismo, à história do surgimento do Estado Constitucional e com o fortalecimento e reconhecimento da ideia de proteção dos elementos da dignidade do homem¹⁴.

E, mesmo diante do reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais sofreram transformações ao longo tempo no tocante ao seu conteúdo,

12 MENDES, Gilmar. Opt Cit. 2014. p. 135.

13 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2017. p. 575.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 p. 266.

titularidade, eficácia e efetivação¹⁵. Tal transformação é denominada por Antonio E. Pérez Luno como um “processo de autêntica mutação histórica vivenciado pelos direitos fundamentais”¹⁶, por considerar que a mutação histórica destes direitos fez surgir a divisão em gerações.

É válido comentar que há uma discussão sobre a nomenclatura “gerações”. É defendido pelo constitucionalismo contemporâneo que, como os direitos de uma geração não deixam de existir com a consolidação da próxima, estes direitos coexistem no mesmo espaço temporal e por isso, deveria ser trocada a expressão “geração” por dimensão, visto que apenas sugerem em momentos históricos diferentes e que todos contribuem para a proteção da dignidade da pessoa humana. Apesar deste debate, será utilizada a expressão geração.

1.1.1 Direitos de primeira geração.

A primeira geração de direitos fundamentais surge como resultado das Revoluções Americana e Francesa e do pensamento liberal burguês do sec. XVIII, centralizado no individualismo e colocando os direitos dos indivíduos frente ao Estado. Logo, trata-se da reação do Estado Liberal ao Estado Absolutista, ora vigente, liderada pela burguesia, que pleiteavam a limitações dos poderes do Estado e o respeito às suas liberdades individuais.

“Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o „jardim e a praça“. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o „homem civil“ precederia o „homem político“ e o „burguês“ estaria antes do „cidadão“. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade”¹⁷.

Ao analisar esse contexto de Revolução Francesa e surgimento do Estado Liberal, estado jurídico que assegurava as liberdades individuais, comenta:

“E esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si

¹⁵ Idem ibidem. p. 272.

¹⁶ PEREZ LUNO, Antonio Henrique. **Las generaciones de derechos humanos. Revista del centro de Estudios Constitucionales** 10/105, 1991.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13.

mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno e patriarcal, que caracteriza os governos despóticos tradicionais.”¹⁸

Tratam-se de direitos civis e políticos nos quais ao Estado cabe abster-se, criando-se assim “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁹. Desta forma, são direitos classificados como de cunho “negativo”, visto que propõem demarcar uma zona de não intervenção do Estado e de autonomia do indivíduo²⁰.

A teoria da Jellinek consiste em distinguir quatro status de direitos fundamentais conforme a relação do Estado com o indivíduo. Desta forma, tem-se o status negativos (direitos de resistência), o status passivo ou subjetivo, o status positivo ou civilitatis e o status ativo (direitos políticos).

A classificação de um direito como de cunho “negativo” surge a partir de classificação dos direitos feita por Jellinek²¹ no sex. XIX e utilizada por autores contemporâneos, a exemplo de Alexy²².

A natureza negativa visa isolar juridicamente a sociedade (indivíduo) do Estado, o que culmina numa supervalorização do homem como indivíduo singular. Consiste numa obrigação de deixar de fazer, de abster-se. Assim, com base na proteção dada pelo ordenamento, ao indivíduo é permitido resistir e repelir uma possível e descabida interferência estatal²³. Desta forma, há uma proteção da liberdade do indivíduo e uma limitação das possibilidades de atuação do Estado.

Já o status passivo ou subjetivo é aqueles em que o indivíduo está subordinado aos Poderes Públicos e tem deveres perante o Estado. O status positivo, por sua vez, é aquele em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma ação positiva, realizando uma prestação. E, o status ativo é aquele no qual o indivíduo tem papel ativo e competência para influir na formação de vontade do estado. Tal status se exemplifica pelo voto e tem relação aos direitos políticos.

18 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p 100.

19 BONAVIDES, Paulo. Opt.cit. 2017 p. 578.

20 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt.cit. 2017 p. 274.

21 JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentjichen Rechte**. Freiburg. Mohr, 1892 (p. 86-87, 95-186) apud DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt Cit. p. 49-55.

22 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução; Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros: São Paulo. 2ª edição; 5ª tiragem. 2017. p. 196-203.

23 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt Cit.2012. p. 49.

²⁴Logo, os direitos de primeira geração, sendo direitos de status negativo segundo Jellinek, são os direitos de liberdade. São estas as liberdades individuais, como a de consciência, de reunião e a de inviolabilidade do domicílio ²⁵(propriedade), além do direito à vida e à participação política. Estes tem por titular o indivíduo e são considerados como indispensáveis a todos os homens, aspirando pretensão universalista.

Para Paulo Bonavides os direitos fundamentais de primeira geração correspondem à fase inicial do constitucionalismo no Ocidente e assim que “se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão”²⁶.

Deste modo, a ideia de constituição digna é entrelaçada a existência de direitos fundamentais resguardados. Tal correlação ocorre pois os direitos de primeira geração foram, independentemente de seu nível de efetivação, sendo considerados conquistas incorporadas ao programa do moderno Estado Democrático de Direito²⁷.

1.1.2 Direitos de segunda geração.

Os direitos de segunda geração tem seu surgimento ligado ao advento do Estado Social.

Apesar do séc. XIX ser marcado com o início de uma série de movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo dos direitos por algumas constituições, como nas francesas de 1763 e 1848 e na brasileira de 1824, apenas no séc. XX, tais direitos foram consagrados por um número considerável de constituições. Desta forma, o séc. XX é datado como o século dos direitos sociais²⁸ e tem como marco a Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar (Alemanha) e o Tratado de Versalhes (OIT), como sintetiza Daniel Sarmento:

“As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do

24 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p.157

25 Idem ibidem. p. 137

26 BONAVIDES, Paulo. Opt Cit. 2017. p. 577-578

27 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 274-275.

28 Idem ibidem. p. 275.

Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.”²⁹

Assim, surgidos como reação ao impacto da industrialização e seus consequentes graves problemas sociais e econômicos, os direitos de segunda geração são direitos sociais, culturais e de econômicos que, de acordo com Paulo Bonavides, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”³⁰. Tal abraço, se defeito, os separaria da razão de ser que ampara e estimula seu surgimento e existência, visto que tratam-se de direitos pautados na ideia de direitos coletivos ou de coletividades.

Nesta perspectiva, Ingo Sarlet comenta:

“(…) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.”³¹

Um importante marco é que os direitos de segunda geração são direitos de cunho positivo e não mais de cunho negativo, como era na primeira geração.

Esse “status positivo” “engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de ‘status negativo’”.³² Assim, ao Estado cabe intervir na esfera do indivíduo quando necessário e acobertado pela Constituição para fornecer algo (material ou imaterial) mediante políticas públicas.

A relevância desta mudança de postura do Estado na segunda geração está vinculada ao fato de que nos direitos de cunho positivo ao Estado é imposta uma conduta, uma obrigação de atuar e de prestar serviços, promovendo, por exemplo, condições de lazer, saúde e assistência.

29 SARMENTO, Daniel. Opt. Cit. 2006, p. 12-13.

30 BONAVIDES, Paulo. Opt Cit. 2017. p. 578.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. Opt Cit. 2012. p. 50.

32 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt. Cit. 2012. p. 51

De fato, tem-se uma mudança de paradigma dado que na segunda geração não mais se busca bloquear a intervenção do Estado. Nesse novo momento busca-se uma participação estatal que preze pelo alcance do bem estar social.

Desta forma, estes direitos “impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade”³³. E assim, ao Estado são atribuídos os deveres de assegurar ao indivíduo o direito a prestações sociais e de garantir aos indivíduos as denominadas “liberdades sociais”.

Tais liberdades sociais são direcionadas à coletividade e, tem-se como exemplo, a liberdade de sindicalização, o direito à greve e os direitos fundamentais voltados aos trabalhadores, como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia do salário mínimo e a limitação da jornada de trabalho³⁴.

É válido ainda citar que Bonavides³⁵ aponta também uma importante mudança na leitura dos direitos fundamentais com o desenvolvimento dos direitos de segunda geração: os direitos fundamentais passam a não mais serem vistos apenas como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também como garantias institucionais. Trata-se de agora objetivarem também a proteção das instituições de direito público que compõem as formas e organizações do Estado por meio da imposição de limites ao arbítrio deste. Desta forma, o pensamento de Carl Schmitt é citado por Bonavides ao afirmar que:

“Graças às garantias institucionais, determinadas instituições receberam uma proteção especial para resguardá-la da intervenção alteradora por parte do legislador ordinário. (...) Demais, é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas.”³⁶

1.1.3 Terceira geração de direitos fundamentais

Os direitos de terceira geração surgem com o processo de descolonização do segundo pós-guerra, no final do século XX, e fundamentado no princípio da fraternidade ou da solidariedade. Têm como marco o forte teor humanístico e a universalidade, o que pode ser visto pela própria titularidade destes direitos, que é difusa ou coletiva³⁷.

33 MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p.50.

34 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 276

35 BONAVIDES, Paulo. Opt. Cit. 2017. p. 579-583.

36 SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Reimp. Berlim, Neukoeln, 1954. apud BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 580.

37 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 276-277.

Desse modo, tais direitos são direcionados ao gênero humano como um todo, são direcionados à humanidade, mas não só a humanidade do presente, mas também à humanidade que ainda virá, pauta-se também na preservação para o futuro.

“os direitos de terceira dimensão são denominados de direito de fraternidade ou de solidariedade porque têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados”.³⁸

Alguns exemplos desses direitos de terceira geração são os direitos à paz, ao meio ambiente, à comunicação, ao desenvolvimento e à conservação do patrimônio histórico e cultural³⁹.

No tocante ao direito ao meio ambiente, é interessante comentar que o Supremo Tribunal Federal o reconheceu como de terceira dimensão ao julgar o Recurso Extraordinário nº 34297-8, São Paulo, de relatoria do Ministro Celso de Mello no qual foi posto que:

“Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput)” [...] “Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.” “Trata-se de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todos que compõem o grupo social (CELSO LAFER, “A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras).”⁴⁰

Outro julgado famoso sobre o tema é o Mandado de Segurança nº 22.164-0 São Paulo, também de relatoria do Ministro Celso de Mello. Neste compara-se a terceira geração às demais:

“O direito a integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social.

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreenderem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento

38 MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 74-75.

39 BONAVIDES, Paulo. Opt. Cit. 2017. p. 584.

40 BRASIL. Primeira Turma do STF. Recurso Extraordinário nº 13.297. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Data de Julgamento: 13/06/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000141295&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de maio de 2019. p. 2 e 20.

importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”⁴¹

1.1.4 Quarta geração de direitos fundamentais

A existência de uma quarta geração de direitos fundamentais é defendida por Paulo Bonavides, entretanto ainda não foi consagrada tanto no plano do direito internacional quanto no plano do direito constitucional interno⁴².

De acordo com Paulo Bonavides⁴³, a quarta geração seria fruto da globalização dos direitos fundamentais, na qual ocorreria uma universalização no plano institucional, logo, a fase de institucionalização do Estado Social. Assim, tal fase seria composta pelos direitos à democracia (direta), à informação e ao pluralismo.

Marcelo Novelino segue alinha de Bonavides ao defender que :

“tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.”⁴⁴

Por outro lado, José Alcebiades de Oliveira júnior defende que a quarta geração de direitos fundamentais deveria ser baseada na sociedade tecnológica, resguardando direitos relacionados ao domínio da biotecnologia e da bioengenharia, que, por envolver questões relacionadas à vida e à morte, exigiriam uma discussão prévia⁴⁵. Essa linha também é seguida por Norberto Bobbio, que afirma que na quarta geração “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”⁴⁶.

Mesmo diante dessas duas propostas de quarta geração, nenhuma delas foi ainda consolidada, são apenas correntes doutrinárias em debate.

41 BRASIL. Tribunal Pleno do STF. Mandado de Segurança nº 22.164. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Data de Julgamento: 30/10/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000023355&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de maio de 2019.

42 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 277.

43 BONAVIDES, Paulo. Opt. Cit. 2017. p. 585-587.

44 NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p-229.

45 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 279.

46 BOBBIO, Norberto. Opt. Cit. 204. p. 06.

1.1.5 Quinta geração de direitos fundamentais

Bonavides defende ainda a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais. Esta teria como foco reguardar o direito à paz, para que esta fosse cada vez mais invocada na esfera das relações internacionais. Como justificativa, pondera a paz como condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural. Desse modo, pontua que a paz seria pressuposto para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais em geral⁴⁷.

Já José Alcebíades de Oliveira Júnior, defende uma quinta geração como fruto da superação das fronteiras mediante o uso da internet. Assim, entende que deveriam ser resguardados o campo cibernético, da tecnologia da informação e da comunicação de dados.⁴⁸

A quinta geração também não está consolidada, as propostas defendidas por Bonavides e José Alcebíades são ainda apenas correntes doutrinárias que vislumbram a existência de uma nova geração.

1.2 Dimensões

A doutrina classifica os direitos fundamentais como de duplo caráter, visto possuírem duas dimensões, a subjetiva e a objetiva.

“(…) quando se fala em dimensão objectiva e dimensão subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais pretende-se salientar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjectivos fundamentais (dimensão subjectiva) e a existência de princípios e regras meramente objectivos (dimensão objectiva).”⁴⁹

1.2.1 Dimensão subjetiva

No tocante à dimensão subjetiva, esta é referente aos direitos em que o titular é o indivíduo e, logo, pode ser explicada como relativo aos direitos individuais e sua subjetividade. Isto significa que, caso o Estado falhe ao assegurar algum dos direitos fundamentais, o indivíduo ora titular deste direito, e logo, diretamente prejudicado, tem a faculdade de litigar contra o Estado para que sejam respeitadas as normas fundamentais.

“(…)a noção de uma perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais engloba a possibilidade de o titular do direito fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe

47 BONAVIDES, Paulo. Opt. Cit. 2017. p. 598-599.

48 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 279.

49 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Opt. Cit. 2002. p. 535.

foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão, ainda que tal exigibilidade seja muito variável e careça de uma apreciação à luz de cada direito fundamental em causa, dos seus limites, entre outros aspectos a serem considerados.”⁵⁰

Logo trata-se de uma relação trilateral como diz Canotilho: “O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objecto do direito”⁵¹.

Christine Oliveira Peter da Silva, ao tentar definir a dimensão subjetiva, destaca e pondera o viés subjetivo como a possibilidade de um titular fazer com que a sua prerrogativa jurídica seja cumprida.

“É importante destacar que, ao se falar sobre direitos fundamentais subjetivos, faz-se referência à possibilidade que tem o seu titular - o indivíduo ou a coletividade a quem é atribuído - de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito à ação ou mesmo as ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora de direito fundamental em questão.”⁵²

Ademais, na dimensão subjetiva tem-se as normas de status positivo e de status negativo. No tocante ao status negativo, este se revela no direito de o titular de um direito resistir a intervenção estatal face a sua liberdade individual. Seriam os direitos de proteção. Já quanto as normas de status positivo, estas se revelam ao indivíduo possuir uma liberdade positiva fruto da ação estatal, através de uma proibição de omissão do Estado, por exemplo. Seria relacionado à prestação por parte do indivíduo ao poder público.⁵³

1.2.2 Dimensão objetiva

A dimensão objetiva consiste no conjunto de valores objetivos básicos por meio dos quais o Estado será regido. Assim, tem-se as diretrizes formais que regularão a atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e as relações entre o Estado e os indivíduos. Estes valores impactam todo o ordenamento jurídico, a interpretação e a aplicação de normas ao determinarem “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento” das ações do Estado⁵⁴.

Ao definir dimensão objetiva, Canotilho pontua que “uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer

50 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 309.

51 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Opt. Cit. 2002. p. 533.

52 SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, 2001. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. p. 49.

53 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt. Cit. 2012. p. 110-111.

54 HESSE, Konrad. Opt. Cit. 1998. p. 241.

titular concreto”⁵⁵. Ou seja, se está diante de uma norma de dimensão objetiva quando esta cria um dever do Estado, independente de garantir um direito subjetivo, ou não.

Um exemplo é o direito fundamental e princípio jurídico da igualdade. Este, apesar de também ter sua dimensão subjetiva, tem em si uma norma válida para todo o ordenamento jurídico-constitucional. Assim, o direito à igualdade, como norma fundamental e princípio formador da ordem jurídica, recai sobre todo o ordenamento, servindo de base para a sua interpretação e devendo ser utilizado para regular as relações jurídicas.

Desta forma, ao se falar da dimensão objetiva, “fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária.”⁵⁶

Gilmar Mendes coloca ainda que “a dimensão objetiva resulta dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional”. Isto ocorre visto que os direitos fundamentais são postos como essência do Estado Democrático de Direito, e assim, operam limitando o poder e servindo de diretriz para a ação do Estado. E assim, consequentemente, os direitos fundamentais são tomados como norte de todo o ordenamento jurídico.

Logo, a dimensão objetiva “faz com que o direito constitucional não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado”⁵⁷. Tal perspectiva legitima restrições aos direitos subjetivos individuais e gera também o dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.

1.3 Características dos direitos fundamentais

Após construído o entendimento sobre a origem e consolidação dos direitos fundamentais, bem como as suas dimensões subjetivas e objetivas, pode-se definir as principais características desses direitos.

Uma primeira característica a ser pontuada é a historicidade. Os direitos fundamentais são fruto de um contínuo processo histórico de afirmação e consolidação de direitos, que de

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Opt. Cit.* 2002. p. 533.

⁵⁶ *Idem* Ibidem. p. 535.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Opt. Cit.* 2014. p. 167-168.

acordo com a época podem nascer, sofrer modificações e até mesmo desaparecer. Tal processo é posto por José Afonso de Souza como evolutivo⁵⁸, que foi impulsionada pelas lutas por liberdade, como as revoluções burguesas e ampliaram com o decorrer do tempo.

“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”⁵⁹

A inalienabilidade é outra característica. Segundo esta, o direito uma vez atribuído ao indivíduo pela constituição, não pode ser desfeito. Assim, são intransferíveis e inegociáveis em virtude do caráter indisponível. Entretanto, esta indisponibilidade não impede que estes direitos sofram alguma restrição com o fulcro numa “finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como coloca Gilmar Mendes:

“São frequentes— e aceitos — atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. A liberdade de expressão, v. g., cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão. A liberdade de professar qualquer fé, por seu turno, pode não encontrar lugar propício no recinto de uma ordem religiosa específica. Da mesma forma, o indivíduo pode ver-se incluído numa situação especial de sujeição.”⁶⁰

Como terceira característica se tem a irrenunciabilidade. Esta significa que os direitos fundamentais podem até não ser exercidos, mas não podem ser renunciados⁶¹. Tal irrenunciabilidade está correlacionada com a ideia de indisponibilidade. Logo, se um titular não pode dispor de um direito, ele não pode renunciá-lo.

A imprescritibilidade é uma quarta característica. Esta significa que os direitos fundamentais não perdem a exigibilidade com o decurso do tempo. A prescrição é um instituto jurídico que atinge apenas os direitos de caráter patrimonial, não atingindo os direitos de caráter personalíssimo, ainda que não individuais⁶².

Essas são as quatro características básicas defendidas por José Afonso da Silva, mas outras também são levantadas pela doutrina.

58 SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. Editora Malheiros, São Paulo. 2005. p. 185.

59 BOBBIO, Norberto. Opt. Cit. 2004.p. 5-19.

60 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 146.

61 SILVA, Jose Afonso da. Opt. Cit. 2005. p. 185

62 Idem ibidem. p. 185

A constitucionalização é uma dessas explicitadas pela doutrina, que significa que os direitos fundamentais para serem chamados como tal necessitam estar consagrados na constituição. Pode-se perceber esta nuance desde a definição do próprio termo “direitos fundamentais”, visto que a sua presença em instrumento normativo máximo é o que o diferencia dos direitos humanos.⁶³

Os direitos fundamentais também possuem vinculação aos Poderes Públicos, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário⁶⁴. Pela vinculação aos Poderes Públicos entende-se que seus atos devem estar pautados no respeito aos direitos fundamentais, visto que estes estão dispostos na Constituição como parâmetros de organização e de limitação dos poderes.

Já quanto à vinculação ao poder legislativo entende-se que o legislador deve, ao editar leis, respeitar os direitos fundamentais, que são o núcleo essencial do direito. Leis que vão de encontro a estes são passíveis de ação de inconstitucionalidade e é vedado que elas tragam retrocessos. Pela vinculação ao Poder Executivo entende-se, resumidamente, que atos administrativos praticados em ofensa aos direitos fundamentais são nulos. E, quanto à vinculação ao Poder Judiciário, esta significa que os juízes têm o dever de respeitar os preceitos fundamentais ao prolatarem suas decisões.

Alexy já abordava esta vinculação ao pontuar que:

“as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência”⁶⁵.

Uma outra característica da aplicabilidade imediata. O artigo 5º, §1º da Constituição Federal define os direitos e garantias que podem ter aplicabilidade imediata, mas a doutrina diverge sobre a sua interpretação. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos fundamentais só teriam aplicabilidade imediata se as normas que os definem são completas em hipótese e dispositivo, visto que não se poderia altear a natureza das coisas e que as normas definidoras de direitos completas são completas, não cabendo assim abrir interpretação.

63 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p 147.

64 Idem ibidem. p. 147-153.

65 ALEXY, Robert. Opt. Cit. 2017. p. 524-525.

Eros Grau, Flávia Poivrsan, Dirley da Cunha e Luiz Roberto Barroso defendem que os direitos fundamentais são dotados de aplicabilidade imediata mesmo se oriundo de norma programática, de modo que tais direitos devem ser consubstanciados mesmo sem interposição legislativa. E, Ingo Sarlet, Celso Barros, José Afonso e Gilmar Mendes, em corrente intermediária, defendem que há situações que necessitam de uma determinação do legislador, mas o artigo supracitado é sobre otimização e deve ser interpretado dando a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, e logo, são favoráveis à aplicação imediata.⁶⁶

Ademais, ainda são colocadas características como: a efetividade, que coloca que as ações devem ser voltadas para o cumprimento dos direitos fundamentais; a interdependência, na qual é posto que os direitos fundamentais devem ser analisados em conjunto, e não individualmente; a inviolabilidade, de acordo com a qual é posta a observância obrigatória dos preceitos fundamentais; e, a complementariedade, de acordo com o qual a interpretação não deve se dar isoladamente, mas sim em conjunto com as demais normas do ordenamento.⁶⁷

Por fim, é válido pontuar que apesar de aparentemente universais e absolutos, tais características não são de fato adequadas para os direitos fundamentais⁶⁸. Isto ocorre pois a universalidade significa que todas as pessoas são titulares dos direitos, o que não ocorre visto que existem direitos que não são direcionados a todos, mas sim a uma parcela da população, como os direitos trabalhistas, por exemplo.

Já quanto ao caráter absoluto, é inadequado atribuir-lhe visto que tais direitos, em sua aplicação, podem ser limitados tanto em detrimento de outro direito fundamental quanto pelo próprio texto constitucional, como por exemplo o direito a vida, que é relativizado e limitado ao ser considerada lícita a pena de morte em caso de guerra⁶⁹. Logo, conclui-se que a máxima hierarquia jurídica desses direitos não os tornam livres de restrições.

66 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Opt. Cit. 2012. p. 345-346.

67 Idem ibidem. p. 344-345.

68 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 142-144.

69 Tal norma é encontrada no artigo 5º, inciso XLVII, “a”, que limita o direito à vida ao dispor: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;(...)”.

2. Limitação dos direitos fundamentais

Como visto, os direitos fundamentais não são absolutos. Logo, são passíveis de restrições.

Ingo Sarlet define os limites aos direitos fundamentais da seguinte forma:

“Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários, podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais.”⁷⁰

Sobre o assunto, Canotilho⁷¹ pontua que “existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de protecção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei”. Estas “leis restritivas de direitos «diminuem» ou limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de protecção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de protecção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental”.

“Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. (...) Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não-liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não usar capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar capacete é uma restrição a um direito fundamental, porque em virtude de sua vigência surge, no lugar da liberdade *prima facie*, uma não-liberdade definitiva de igual conteúdo.”⁷²

Mas, duas teorias direcionam o entendimento de como funcionam as restrições e os direitos restringidos. São elas a teoria interna, que acredita que as limitações integram o próprio direito, e a teoria externa, que acredita que os direitos nascem absolutos.

2.1 Teoria interna

Borowski define que a teoria interna pressupõe a não limitação dos direitos fundamentais visto que considera existir desde o momento inicial o direito com um específico

70 NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 157.

71 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Opt. Cit.* 2002. p. 603.

72 ALEXY, Robert. *Opt. Cit.* 2017. p. 283.

conteúdo, de forma que uma posição jurídica que exceda determinado conteúdo é considerado inexistente e logo não goza de proteção ‘jusfundamental’⁷³.

Assim, a teoria interna defende que os limites ao exercício de um direito são determinados por ele mesmo, visto que o direito e a sua restrição não são colocados como distintos, mas sim vistos como partes do mesmo. Virgílio Afonso da Silva sintetiza essa tese ao pontuar que “a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos”⁷⁴.

“Para a teoria interna, [...] os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo.”⁷⁵

Assim, a teoria interna (ou estrita, conforme Alexy) defende que não se deve restringir o conteúdo do direito fundamental pois isto violaria o direito em si. Logo, devem ser aplicados apenas os limites imanescentes do próprio direito fundamental, visto que estes são as limitações implícitas no direito fundamental. A restrição é vinculada ao direito.

“(...) não há duas coisas - o direito e sua restrição -, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em restrições imanescentes”.⁷⁶

É válido ainda pontuar que esta teoria refuta a colisão de direitos fundamentais por entender que não cabe ao intérprete ponderar ou restringir os bens tutelados, visto que isto fortaleceria o subjetivismo e a influência de interesses, o que poderia vir a fragilizar tais direitos. Desta forma, entendem que deve apenas ser aplicado o conteúdo disposto em constituição.

Entretanto, a teoria interna é alvo de algumas críticas. A primeira delas pontua a dificuldade em se determinar o exato conteúdo da norma dada a textura aberta da linguagem

73 BUROSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 59, 2000, p.32 APUD FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

74 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128-129.

75 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

76 ALEXY, Robert. *Opt. Cit.* 2017. p. 277-278.

da norma frente a um caso concreto. Logo, há dificuldade em se definir exatamente o que está ou não protegido numa norma de direito fundamental⁷⁷.

Um segundo ponto seria que a teoria interna ao determinar uma única análise do conteúdo da norma fundamental e limitar posteriores argumentações pode direcionar a um tipo de interpretação, pode direcionar um viés decisório travestido de interpretação hermenêutica. Já uma terceira crítica é sobre a possibilidade de existirem direitos fundamentais ilimitados que ficam impossibilitados de exercer o seu controle constitucional visto que uma única interpretação define o conteúdo do direito e seus limites imanescentes.

Zanor Junior também critica esta teoria visto que não permitir novas interpretações e ressignificações da norma, alimenta um caráter conservador no direito e que pode se tronar cego às mudanças sociais.

“A teoria também apenas aparentemente esvazia a necessidade de ponderação entre direitos constitucionais em oposição. Isto porque, em verdade, o que ocorre é simplesmente um deslocamento do sopesamento, outrora situado no debate sobre um direito e a sua restrição, para o âmbito interno da norma, no nível da definição dos exatos limites dos direitos fundamentais. E tal deslocamento é desaconselhável, porque implica anacronismo e conservadorismo alheios à plasticidade das relações sociais e econômicas, ao tornar imprescindível a fixação de um específico limite para o direito que, posteriormente, pode apresentar-se severamente restritivo de uma prerrogativa humana, bastando que o caso concreto tenha circunstâncias diferentes”⁷⁸.

2.2 Teoria externa

A teoria externa defende que as limitações aos direitos fundamentais surgem fora de seu âmbito normativo. Logo, o conteúdo do direito é diverso e desvinculado do conteúdo da restrição, não existindo nenhuma relação necessária. A partir de uma exigência externa a relação entre esses dois conteúdos é criada, e daí surge a necessidade de conciliar direitos de diversos indivíduos, sejam eles individuais ou coletivos. Sobre isso explana Alexy:

“O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que

⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Opt. Cit. 2014. p. 133.

⁷⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012. p. 6-7.

insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.”⁷⁹

Luiz Fernando Calil Freitas pontua que o conteúdo dos direitos fundamentais é tido como ilimitado, devendo as limitações e restrições serem feitas por meio de lei em sentido formal ou material, estas passíveis de externa adequação à previsão constitucional de reserva legal. Importa comentar que por reserva legal entende-se a ressalva feita pelo legislador a alguns direitos fundamentais indicando que é necessária complementação infraconstitucional que imponha limites ao exercício daquele direito (termos como “na forma da lei”).

A reserva legal ainda possui duas categorias. A reserva legal simples e a qualificada. Na simples o legislador é autorizado “a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecerem pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição”. Já as reservas legais qualificadas se caracterizam pelo estabelecimento de “pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais”⁸⁰.

Este autor explica a aplicação da teoria externa da seguinte forma:

“Seu funcionamento pressupõe, inicialmente, a verificação se uma determinada hipótese fática está contemplada como incluída dentro dos limites do âmbito de proteção estatuído pela norma jusfundamental; num segundo momento, em sendo positiva a resposta à perquirição inicial, cuida-se de examinar se há alguma limitação ou restrição estabelecida em lei onerando o conteúdo de tal direito e, ato contínuo, se tal afetação está, de algum modo, constitucionalmente autorizada, com isso chegando-se à conclusão se a limitação ou restrição é legítima ou se viola o conteúdo do direito fundamental.”⁸¹

A teoria externa, ao desvincular o conteúdo do direito do conteúdo da restrição e, logo, defender que a restrição recai apenas quanto ao exercício do direito, abre espaço para o entendimento de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, logo, que são ilimitados, absolutos. As restrições para tais direitos é extrínseca⁸², de modo que não atinge o seu núcleo.

Logo, “ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide este objeto em dois: há, em

79 ALEXY, Robert. Opt. Cit. 2017. p. 277.

80 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 346-347.

81 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Op. Cit., 2007. p. 139.

82 SILVA, Virgílio Afonso da. Opt. Cit. 2014. p. 138.

primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições”⁸³. Nesse contexto, a teoria externa admite que:

“(...) existe inicialmente um direito em si ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado. Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Tal distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos”⁸⁴.

Assim, as restrições externas decorrem de autorização expressa da constituição e se manifestam através de leis, devendo ser balizadas para a definição do que deve ser assegurado. E assim, diante dessa colisão, examina-se qual norma ou princípio deve ser aplicado em detrimento de outro. Nesse contexto, é válido esclarecer que o princípio que não é aplicado em detrimento de outro não perde sua validade nem a extensão *prima facie*.

Sobre a definição de princípios, Canotilho afirma que princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”⁸⁵. Isso significa que princípios são “determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem”⁸⁶. Desta forma, surge a ideia de que princípios são mandados de otimização, visto que se busca a maior extensão possível, resguardando ao princípio a possibilidade de ser aplicado em diferentes graus a depender do caso concreto.

Interessante ainda comentar que Alexy pontua que “é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”⁸⁷. Isto ocorre visto que, na colisão dos direitos fundamentais, um direito não pode afetar completamente a essência do outro, conforme explica Gilmar Mendes:

“No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um princípio como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.”⁸⁸

83 SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2014. p. 138.

84 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Opt. Cit.* 2017. p. 343.

85 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Opt. Cit.* 2002. p.1123.

86 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Opt. Cit.* 2014. p. 183.

87 ALEXY, Robert. *Opt. Cit.* 2017. p. 296.

88 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Opt. Cit.* 2014. p. 183.

Um crítica a teoria externa é a que, ao defender que são devem ser admitidas restrições aos direitos fundamentais quando expressas na Constituição, aponta para a existência de um direito absoluto, o que é refutado por parte do julgado Supremo Tribunal Federal abaixo:

“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 pública, 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.”⁸⁹

Desta forma, tal julgado, defende uma teoria mista, admitindo limitações iminentes (próprias da teoria interna) e restringindo as limitações às reservas expressas autorizadas pela constituição (próprio da teoria externa).

2.3 Tipos de restrições

Existem três tipos de restrições. São estas: a) a restrição a partir de expressa disposição na Constituição, ou como chamada por Canotilho, restrição constitucional direta ou imediata; b) a restrição por norma legal promulgada com fundamento na Constituição, ou como chamada por Canotilho, a reserva da lei restritiva; e, c) a restrição que surge a partir da colisão entre direitos fundamentais nos casos em que inexistente limitação ou autorização expressa⁹⁰, chamada por Canotilho de limites iminentes ou implícitos⁹¹.

No primeiro tipo tem-se as restrições constitucionais diretas ou imediatas, que seriam aquelas estabelecidas diretamente pela norma constitucional. São normas de garantia e de limite de direitos, visto que, respectivamente, por um lado garantem, constituem ou reconhecem um âmbito de proteção, e por outro lado se tornam restritivas por impor limites ao âmbito de proteção.

“Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas.

89 BRASIL. Tribunal Pleno do STF. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Data de Julgamento: 16/09/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000020652&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de maio de 2019.

90 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 345-346.

91 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Opt. Cit. 2002. p. 604.

Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais.”⁹²

No segundo tipo tem-se as restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição, logo, conhecidos como direitos sujeitos a reserva da lei restritiva. Trata-se de uma norma promulgada com fundamento na constituição. Assim, tal norma é, ao mesmo tempo, norma de garantia e norma de autorização de restrições. Esta reserva legal é simples quando encontrada facilmente mediante a observação de expressões que dizem que determinado exercício de direito será feito “na forma da lei” ou “nos termos da lei”. E, é reserva legal qualificada quando a Constituição indica ao menos um dos elementos (tipo, finalidade e/ou meio de intervenção)⁹³.

Alexy⁹⁴ pontua que as “restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer”. Tais restrições podem ser encontradas nas cláusulas de reserva explícita, que consiste nas disposições constitucionais que expressamente autorizam intervenções ou restrições e que há uma distinção a ser feita entre as reservas simples e as reservas qualificadas. Nas reservas simples “a competência para estabelecer restrições é pura e simplesmente garantida”, enquanto nas reservas qualificadas “há uma limitação ao conteúdo da restrição”.

O terceiro tipo trata sobre os limites imanentes ou implícitos, que seriam os limites constitucionais não escritos que surgem mediante a necessidade de resolução de conflitos de direitos. Por não haver norma que disponha sobre essa restrição, a doutrina busca formas de justificá-la.

Uma delas é encabeçada por Kruger e recebe o nome de cláusula da comunidade ou dos limites originários ou primitivos. De acordo com esta, os limites imanentes se justificariam pela existência de limites originários ou primitivos que se imporiam diante de todos os demais direitos. Desta forma, há uma cláusula de comunidade que limita todas as liberdades e garantias, por meio das quais os cidadãos exercem seus direitos sem ofender aos direitos de terceiros ou lesionar interesses da sociedade ou princípios da moral.⁹⁵

92 ALEXY, Robert. Opt. Cit. 2017. p. 287.

93 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt. Cit. 2012. p. 147.

94 ALEXY, Robert. Opt. Cit. 2017. p. 292-293.

95 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Opt. Cit. 2002. p. 607-608.

Outra, é a teoria das limitações horizontais. De acordo com esta, o exercício de direitos, liberdades e garantias pressupõem uma reserva de amizade e de não prejudicialidade que não seria uma restrição de direitos, mas sim uma limitação dos pressupostos jurídicos e fáticos desses direitos. Um exemplo é o direito à greve, que sofre limitação decorrente da ponderação de outros princípios constitucionais e chega na conclusão da proibição de greve geral para que haja a proteção de direitos mínimos como, por exemplo a saúde.

Por fim, é válido ainda citar que Kildare Gonçalves Carvalho expõe sobre a tríplice função das restrições aos direitos fundamentais, também defendida por Jorge Bacelar Gouveia, como pode ser visto:

“as restrições aos direitos fundamentais inserem-se numa tríplice função: a) função adequadora, em que a restrição de um deles serve para possibilitar que outros direitos se exerçam sem sobreposições, tendo a maior eficácia possível; b) função dirimente, que tem lugar no contexto específico da colisão de direitos fundamentais, caracterizada pelo exercício conflitante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos, servindo a restrição de alguns deles para evitar a repetição desses conflitos no futuro, sem a necessidade de recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou judiciais; c) função comunitária, que se liga à conjugação entre os direitos fundamentais e os bens ou interesses coletivos merecedores de tutela, sendo a restrição instrumento de garantia desses bens, interesses e valores comunitários que importa preservar.”⁹⁶

2.4 Limites dos limites

A doutrina dos limites dos limites é criada pelo direito alemão com o nome de *Schranken-Schranken* e determina que é proibido proibir o exercício do direito fundamental além do necessário⁹⁷. Logo, as restrições que os direitos fundamentais sofrem são limitadas.

Canotilho pontua que a análise dos limites dos limites é a terceira instância do procedimento da restrição de direitos. Justifica tal afirmação ao caracterizar como primeira instância a determinação do âmbito de proteção e a pesquisa sobre a existência de uma autêntica restrição através de lei, e, como segunda instância a verificação de que a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais⁹⁸.

Primeiramente, é válido pontuar que a existência da doutrina dos limites dos limites é aplicável apenas a partir da teoria externa das restrições dos direitos fundamentais, visto que a teoria interna defende que os limites são “inerente ao próprio processo de

96 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1572 p. 717.

97 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt. Cit. 2012. p. 159.

98 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Opt. Cit. 2002. p. 610-611.

jusfundamentalização dos respectivos conteúdos”⁹⁹, logo imanentes, não existindo assim restrições que possam ser alvo de limitação, dado que o âmbito de proteção é ‘blindado’.

Ademais, convém comentar ainda que as limitações aos direitos fundamentais devem ter compatibilidade formal e material com a Constituição¹⁰⁰. Pela compatibilidade formal entende-se que as normas de direito fundamental representam atos de autovinculação fundamental-democrática em função da hierarquia e da primazia da Constituição no ordenamento jurídico. Já pela compatibilidade material entende-se que a Constituição apesar de não fazer restrições expressas sobre os mais variados temas, institui uma ordem de princípios substanciais, moldados pelos valores de dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais inerentes, que devem ser usados para a ponderação entre as limitações.

Há ainda o controle de constitucionalidade formal e material¹⁰¹. O formal busca investigar a competência, o procedimento e a forma do procedimento. Já o material busca a proteção do núcleo fundamental dos direitos, o atendimento dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, e, a vedação do retrocesso, de onde surge a doutrina dos limites dos limites.

2.4.1 O núcleo fundamental dos direitos humanos

A proteção do núcleo fundamental ou essencial dos direitos “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”¹⁰².

Existem duas posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial, a teoria absoluta e a teoria relativa. A teoria absoluta defende que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma unidade substancial autônoma que está a salvo de decisões legislativas independentemente de qualquer caso concreto. Assim, existe “um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação”¹⁰³. Tal espaço insuscetível de limitação é onde se encontra o limite do limite para a ação legislativa. Gilmar

99 NOVAIS, Jorge Reis. Opt. Cit. 2003. p. 355.

100 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 349.

101 Idem ibidem. p. 349.

102 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 213.

103 Idem ibidem p. 213.

Mendes, ao abordar esta teoria, afirma que é adotada uma interpretação material, visto que existiria um espaço livre de intervenção estatal.

Virgílio Afonso da Silva¹⁰⁴ refuta a teoria absoluta ao defender que para se determinar o núcleo essencial devem ser analisadas diversas variáveis de acordo com cada caso concreto, não havendo assim como se falar em uma teoria absoluta.

Já a teoria relativa defende que o núcleo essencial é determinado de acordo com o caso concreto e com o objetivo buscado pela norma restritiva. Para isso, ele seria definido a partir da ponderação de meios e fins com base no princípio da proporcionalidade. E assim, “o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação”¹⁰⁵ e a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório.

Claudia Perotto Biagi¹⁰⁶ critica as duas teorias por afirmar existirem fragilidades. Segundo ela, na absoluta critica a divisão dos conteúdos dos direitos fundamentais, que alega serem feitos de forma artificial e tecnicamente insustentável. Já quanto à teoria relativa critica a ausência de autonomia conceitual, o que pode levar a flexibilização extrema dos direitos fundamentais.

A flexibilização desmedia é de fato um preocupante, entretanto, quanto a isso Hesse defende que deve ser aplicada “uma fórmula conciliadora, que reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”¹⁰⁷.

Ademais, apesar de não expressa, a ideia de limites dos limites pode ser vislumbrada na Constituição pelo disposto no art. 16, § 4º, IV¹⁰⁸. Por meio deste dispositivo é vedada expressamente qualquer emenda que venha a abolir direitos e garantias individuais. Logo, são esboçados limites ao legislador.

104 SILVA, Virgílio Afonso da. Opt. Cit. 2014. p. 184.

105 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 213.

106 BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 8283.

107 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 214.

108 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

2.4.2 O critério da proporcionalidade

O critério da proporcionalidade é colocado por Ingo Sarlet¹⁰⁹ como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, visto que é instrumento para o controle de atos dos poderes públicos.

Nessa perspectiva, Gilmar Mendes pontua que “o princípio da proporcionalidade é invocado, igualmente, quando Poderes, órgãos, instituições ou qualquer outro partícipe da vida constitucional ou dos processos constitucionais colocam-se em situações de conflito”¹¹⁰.

Logo, em situações de conflito, o princípio da proporcionalidade deve ser junto a ideia de ser aplicada a medida menos lesiva que respeite aos subprincípios da adequação e da necessidade. Quanto à adequação, tem-se a análise se a medida aplicada é apta a atingir os objetivos buscados. Já o subprincípio da necessidade temo objetivo de analisar se o meio utilizado é o menos gravoso ou mais eficaz¹¹¹. Desta forma com o uso do princípio da proporcionalidade determina, ao mesmo tempo, uma vedação ao excesso e uma proteção ao insuficiente dado a busca de uma interpretação adequada e necessária.

Humberto Ávila, ao definir a proporcionalidade, a coloca como um “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”¹¹². E sustenta ainda que, esse postulado, ao ser aplicado na restrição de direitos fundamentais, leva ao questionamento sobre a adequação a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (que pode ser entendida como) da medida restritiva que pretende ser aplicada. A proporcionalidade em sentido estrito pode ser entendida como o grau de justeza da solução examinada ou a necessidade de revisão¹¹³.

A aplicação da proporcionalidade é analisada por Ingo Sarlet¹¹⁴ como trifásica. Na primeira fase ter-se-ia a análise sobre a eficácia da medida para a tutela do bem. Na segunda, é analisado se existe meio mais eficiente que pudesse substituir a medida alvo de investigação. E, como terceira fase analisa-se os impacto das ameaças e riscos que

109 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 351.

110 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 219.

111 Idem ibidem. p 226-227.

112 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 162.

113 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Opt. Cit. 2014. p. 227.

114 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 355-356.

remanesçam após a efetivação das medidas de proteção que pretendem ser utilizadas. Assim, na terceira fase é quando se aborda a questão da vedação de excessos.

3. Liberdade de expressão

As liberdades, direitos de primeira geração, surgem com o pensamento liberal burguês revolucionário e com o ímpeto de garantir liberdades individuais e segurança perante o poder do Estado.

Na construção do conceito de dignidade humana dois elementos foram de fundamental importância: a liberdade e a igualdade. Sobre isso, Lellis defende que, “do ponto de vista jurídico-filosofo, a liberdade está direta e inseparavelmente ligada a dignidade humana.”¹¹⁵.

Para que se compreenda o que é liberdade, pode-se observar o conceito formulado por Lellis, que defende que a liberdade “é um elemento fundamental de toda sociedade democrática, pois garante aos indivíduos o direito fundamental de serem livres e de expressarem livremente. Contudo, tal liberdade não significa entrar pelas veredas do desrespeito ao próximo”¹¹⁶.

De acordo com Canotilho, as liberdades possuem um status negativo, como é próprio dos direitos de primeira geração, como pode ser visto neste trecho:

“As liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência, religião e culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Neste sentido, as liberdades identificam-se com direitos a acções negativas; seriam *Abwehrrechte* (direitos de defesa). [...] A componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex. ter ou não ter religião, fazer ou não fazer parte de uma associação, escolher uma ou outra profissão).”¹¹⁷

Essa competência negativa também é posta por Alexy¹¹⁸ como própria das liberdades jurídicas, o que se justifica pela atribuição ao Estado de uma ação negativa, uma abstenção. A partir desta ideia, a liberdade de expressão é um direito que é exercido, de regra, contra o Poder Público, que pode, em alguma situação, vir a privá-la. Não obstante, também é possível visualizar a liberdade de expressão invocada em contextos privados.

115 LELLIS, Lélío Maximino, et al. **Manual de Liberdade Religiosa**. 1ª Ed. Engenheiro Coelho: Ideal Editora, 2013. p. 34.

116 Idem ibidem. p. 228.

117 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Opt. Cit.* 2002. p. 539.

118 ALEXY, Robert. *Opt. Cit.* 2017. p. 222.

A liberdade de expressão é tutelada pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)

Como pode ser visto pelo texto legal, todos são sujeito do direito a liberdade de expressão, o que é bastante coerente visto que a igualdade junto com a liberdade se fazem elementos da dignidade humana, como analisado anteriormente.

A liberdade de expressão também é abordada pela Declaração dos Direitos Humanos que em seu artigo 18º dispõe que: “todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular”.

Além desses, outros dispositivos da Constituição Federal são diretamente relacionados com a liberdade de expressão, como, por exemplo, pode-se ver:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; (...)

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...)

Tal ênfase dada à liberdade de expressão revela a importância com que o tema é tratado da Constituição de 1988, o que é ocorre principalmente devido ao período em que se deu a promulgação desta, no período pós ditadura e no qual o Brasil vivia a redemocratização.

Desta forma, a liberdade de expressão possui como função possibilitar a “liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de

valor sobre opiniões de terceiros etc”¹¹⁹. Tal proteção vai além do conteúdo a ser expressado, protegendo também os meios de expressão, o que revela uma noção aberta e que inclui novas modalidades que venham a surgir. Além disso, a proteção da liberdade também deve ser admitido como o mais extenso possível, visto que devem ser protegidas todas as formas de expressão desde que não violentas¹²⁰.

Ao se falar da proteção de todas as formas de expressão desde que não violentas remete-se à ideia de limites. Como já abordado, os direitos fundamentais não são absolutos, sendo assim passíveis de serem limitados.

O famoso brocardo francês expressa bem o sensível ponto ao qual se chega, é ele: "le droit cesse où l'abus commence". Tal brocardo, em sua tradução, significa: "o direito cessa onde o abuso começa".

De certo a liberdade de expressão garante a faculdade da manifestação de opiniões, de modo que demonstra-se um direito negativo ao garantir a expressão e logo vedando a censura, mas ao mesmo tempo também pode-se considerar um cunho positivo visto que garante ao indivíduo o acesso a meios de comunicação.

Deste ponto, então, pode-se analisar uma dupla dimensão da liberdade de expressão, que, por um lado é subjetiva, baseado na ideia já abordada de direito negativo, abstenção e não impedimento, e, por outro lado é objetiva, ligada a ideia do dever do Estado de proteção e promoção de outros direitos. Sobre isso, Ingo Sarlet pondera a liberdade de expressão em sua dimensão objetiva como transindividual, conforme pode ser visto:

Ainda no que diz com a sua dimensão objetiva, a liberdade de expressão, para além de um direito individual (na condição de direito subjetivo), representa, como já frisado, um valor central para um Estado Democrático de Direito e para a própria dignidade humana, na qual, como já visto, encontra um dos seus principais fundamentos (senão o seu principal fundamento). Assim, em função de tal circunstância, cuida-se de um valor da comunidade política como um todo, e nesta perspectiva a liberdade de expressão adquire uma dimensão transindividual, como, de resto, já se verificou, ocorre em termos gerais com os direitos fundamentais na sua perspectiva objetiva.

Como pode ser visto, a limitação à liberdade de expressão é um tema polêmico e do qual decorre uma gama de discussões. Uma liberdade de expressão desmedida pode levar a infração de vários outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a honra.

119 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 457.

120 Idem ibidem. p. 457-458.

Um fato que não se coloca dúvida é sobre a vedação da censura, entretanto, alguns limites e restrições devem ser impostos sim sobre a liberdade de expressão a fim de que se evite o abuso e a infração a outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais.

Interessante comentar que a censura não possui definição legal. Deste modo, abre-se a interpretação sobre seu significado. Uma questão neste ponto é a possibilidade de tomar-se a censura como um conceito amplo, logo, no qual se enquadraria qualquer mera afronta à liberdade de expressão.

Tal situação revela-se problemática visto que a adoção de uma interpretação ampla da censura leva a definição de liberdade de expressão um direito absoluto, visto que tudo que a afrontasse poderia ser considerado censura.

Desta forma, o adequado é uma interpretação mais estrita e limitada sobre o que seria censura. Neste contexto poder-se-ia dizer censura como uma proibição à liberdade de expressão injustificada e desarrazoada, na qual o critério fundante da decisão fosse a mera vontade do ente administrativo.

Sobre isso, Dworkin levanta ainda liberdade de expressão teria como fito a não permissão de "regulamentações do discurso político que prejudiquem a soberania dos cidadãos ou a igualdade entre eles de alguma maneira significativa [...]"¹²¹ para que se fossem assegurada a proteção dos direitos individuais dos cidadãos em uma democracia. Tal função da liberdade de expressão se mostra alusiva à vedação da censura ora abordada.

Outro aspecto que também circunda a liberdade de expressão é a vedação ao anonimato. Apesar de constitucionalmente associada ao direito de livre manifestação do pensamento, esta também se aplica ao direito de liberdade de expressão¹²². Isso ocorre visto que o anonimato dificulta a responsabilização cível ou criminal.

Além disso, a vedação ao anonimato também está correlacionada a possibilitar o direito de resposta e o ajuizamento de ação com pedido de danos morais e materiais.

O direito de resposta deve ser concedido de forma proporcional. Conforme defendido por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito de resposta pode ser compreendido como o:

121 DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 535.

122 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 463-464.

“instrumento de defesa das pessoas contra qualquer opinião ou imputação de carácter pessoal ofensiva ou prejudicial, ou contra qualquer notícia ou referência pessoal inverídica ou inexacta e é independente, quer do possível direito à indemnização dos danos sofridos (...), quer da eventual responsabilidade envolvida”¹²³

O direito de resposta tem como titular “toda e qualquer pessoa física, nacional ou estrangeira, de modo a guardar a necessária simetria com a liberdade de expressão, devendo ser também atribuído às pessoas jurídicas (coletivas)”¹²⁴, devendo obedecer aos critérios de proporcionalidade e de imediatividade. A imediatividade é tomada como princípio para que seja preservada a utilidade do direito de resposta, devendo ser dado o mais breve possível¹²⁵. Tal carácter imediato é defendido visto que a demora para a concessão do direito de resposta pode fazer com que se perca a sua “eficácia”.

4. O abuso de poder religioso no processo eleitoral (na propaganda eleitoral): liberdade de expressão ou afronta à ordem democrática

Um interessante caso muito em voga no pleito eleitoral de 2018 foi sobre a propaganda eleitoral realizada por líderes religiosos. Surgiu o questionamento então se o a manifestação política deles seria mera liberdade de expressão ou uma afronta à ordem democrática. Para analisar o caso é necessário que primeiramente conheça-se os princípios que moldam o direito eleitoral.

4.1 Os princípios do direito eleitoral

De início é válido considerar que os princípios do direito eleitoral devem ser tomados como norte para a aplicação do direito eleitoral dada a toda a conjuntura em que se encontra. Sobre isso, Rogério López Zilio pontua que:

“A aplicação de princípios na solução das demandas eleitorais é fundamental. A ausência de um quadro próprio de magistrados, a inexistência de uma teoria geral do processo eleitoral, o tratamento incipiente dos institutos típicos do Direito Eleitoral, a opção legislativa por conceitos jurídicos indeterminados como fórmula de proteção aos bens jurídicos relevantes acentuam a necessidade de um domínio dos princípios específicos da esfera eleitoral.”¹²⁶

Os bens jurídicos que são resguardados pelo Direito Eleitoral e possuem destaque são “a democracia, a legitimidade do acesso e do exercício do poder estatal, a representatividade do eleito, a sinceridade das eleições, a normalidade do pleito e a igualdade entre os

123 CANOT ILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 2007 p. 575-576.

124 Idem ibidem. p. 576.

125 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Opt. Cit. 2017. p. 466.

126 ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5ª Edição. Porto Alegre. Editora Verbo Jurídico. 2016. p. 31.

concorrentes”¹²⁷. Ademais, é da obediência aos preceitos eleitorais que é dada a legitimidade das eleições, plebiscitos e referendos.

4.1.1 O princípio democrático

A democracia teve como berço a Grécia antiga. Na raiz, o termo *demokratia* pode ser traduzido como “poder do povo”¹²⁸. Com a democracia, nasce a premissa da sociedade atual, entretanto, funciona o funcionamento antigo diverge bastante do atual. Na antiguidade, havia poucos cidadãos e o sufrágio não era universal. Hoje, a realidade é distinta. No Brasil, como em boa parte do mundo, todos fazem parte da democracia e podem votar.

Em síntese, a democracia é marcada pela participação popular nas deliberações que determinam a vontade do Estado, levando em lógica de governo de maioria, o Estado democrático preza pelo respeito e participação das minorias. A Constituição Federal de 1988 uma democracia representativa (abrange eleições direitas, livres e periódicas) e participativa (visualizado pelos plebiscitos, projetos de iniciativa popular, entre outros)¹²⁹.

4.1.2 Democracia Representativa

Considerando que a característica chave para a caracterização de uma democracia é a participação popular, esta pode ocorrer de três formas: direta, indireta e semidireta.

Por democracia direta entende-se que os cidadãos devem ter papel ativo em todas as decisões governamentais, que devem ser tomadas em Assembleias e com a participação de todos. Já por democracia indireta tem-se a ideia de representatividade. Assim, os cidadãos escolhem uma pessoa que lhe represente na tomada de decisões governamentais. Por fim, a democracia semidireta surge como um modelo misto no qual os cidadãos elegem representantes, entretanto também podem intervir nas decisões através de mecanismos¹³⁰.

Essa hipótese de democracia semidireta é a aplicada pela Constituição brasileira, visto que em seu artigo primeiro é trazida a disposição que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

127 GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016. p. 26.

128 Idem ibidem. p. 46-47.

129 ZILIO, Rodrigo López. Opt. Cit. 2016. p. 31.

130 GOMES, José Jairo. Opt. Cit. 2016. p. 42.

Tal competência trazida para todos pode ser visualizada pela possibilidade de realização de plebiscitos, referendos e iniciativa popular. Estes três institutos são definidos como:

“Plebiscito consiste na consulta prévia à edição de “ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido” (Lei nº 9.709/98, art. 2º, § 1º). Referendo é a consulta posterior à edição de “ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição” (Lei nº 9.709/98, art. 2º, § 2º). Iniciativa popular é o poder atribuído aos cidadãos para apresentar projetos de lei ao Parlamento, desfechando, com essa medida, procedimento legislativo que poderá culminar em uma lei.”¹³¹

4.1.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito é definido como aquele em que o Estado deve ser conduzido de acordo com os critérios de direito e não pela força ou arbitrariedade. Ademais, também significa que “o governo é formado pelos cidadãos, os quais são escolhidos livremente pelo voto direto e universal. Assim, os próprios cidadãos são os responsáveis pela formulação e execução das políticas públicas.”¹³²

Importante ainda comentar que os direitos fundamentais, sociais e políticos são colocados em local privilegiado ao serem tidos como princípios da democracia econômica, social e cultural no Estado Democrático de Direito vigente na constituição brasileira.

4.1.4 Soberania Popular

A soberania popular é retirada do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o qual expressa que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Outro artigo que retrata da soberania é o 14º, caput, também da CF, que concretiza a soberania popular por instituir o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Tal soberania popular é o que atribui poder e legitimidade ao Estado¹³³.

4.1.5 Princípio Republicano

A República foi adotada pelo Brasil como forma de governo em seu artigo 1º do texto constitucional. Conforme posto por José Jairo Gomes, “as formas de governo relacionam-se à

¹³¹ Idem ibidem. p. 43.

¹³² Idem Ibidem. p. 43.

¹³³ Idem ibidem. p. 54.

estruturação do Estado com vistas ao exercício do poder. Em outros termos, dizem respeito ao modo de atribuição do poder político-estatal”¹³⁴.

Tal sistema defende as noções de temporariedade, eletividade e responsabilidade. Desta forma, trabalha-se com mandatos temporários concedidos a representantes eleitos que atuam sobre regime de responsabilidade, ou seja, são responsabilizados por seus atos.¹³⁵

4.1.6 Princípio Federativo

O federalismo pode ser definido como:

“a forma de Estado em que se verifica a união de Estados autônomos sob a égide de uma Constituição Política (...) Pela Constituição vigente, a federação brasileira é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (CF, art. 1º, caput). O princípio republicano impera em todas essas esferas, devendo-se em cada qual se observar a rotatividade no exercício do poder político.”¹³⁶.

O federalismo instituído com a Constituição é o federalismo cooperativo, por meio do qual foi criada a repartição vertical de competência legislativa e a competência material comum entre os entes federativos. A justiça eleitoral é um exemplo de aplicação desse federalismo, visto que tem natureza federal, mas funcionam com magistrados estaduais e federais, o que demonstra uma cooperação entre a União e os Estados¹³⁷s.

4.1.7 Sufrágio Universal

O sufrágio é considerado a essência dos direitos políticos visto que é por meio do qual se observa a participação popular.

Para ter direito ao sufrágio no Brasil devem ser cumpridos os requisitos dispostos no artigo 14, §§1º e 2º da CF, que coloca como obrigatório o voto a todos os maiores de 18 anos, sendo facultativo para aqueles que são analfabeto, maiores de setenta anos ou maiores de 16 e menores de 18. Ademais, o §2º dispõe a proibição de se alistar como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos¹³⁸.

Deve-se observar que sufrágio e voto tem significados distintos, visto que por sufrágio tem-se o direito e por voto tem-se o exercício do direito.

¹³⁴ Idem ibidem. p. 55.

¹³⁵ ZILIO, Rodrigo López. Opt. Cit. 2016. p.32.

¹³⁶ GOMES, José Jairo. Opt. Cit. 2016. p. 55.

¹³⁷ Idem ibidem. p. 56.

¹³⁸ Idem ibidem. p. 57.

4.1.8 Legitimidade e normalidade das eleições

A normalidade e a legitimidade das eleições é algo que é buscado para salvaguardar o pleito eleitoral de qualquer sombra de ilegalidade ou ilegitimidade.

A legitimidade para Dias significa um “dever moral de obediência enquanto se respeitem as bases que a fundamentam e que essencialmente consistem nas opiniões, valores, crenças, interesses e necessidades de determinada comunidade”¹³⁹. A legitimidade também busca isentar o processo de qualquer abuso de poder ou diretrizes que possam levar à inelegibilidade¹⁴⁰.

Já a normalidade das eleições busca a preservação da regularidade dos mandatos e tenta afastar qualquer tipo de interferência indevida na vontade do eleitor.¹⁴¹

7.1.9 Moralidade

A moralidade “pressupõe a liberdade de querer e de agir, pois implica a adesão espontânea da pessoa à regra moral”¹⁴²

O disposto no §9º do artigo 14 da Constituição conduz a ideia de moralidade e ética para o direito eleitoral. Veda-se assim, as práticas antiéticas e imorais, que atacam a legitimidade do pleito eleitoral. Desta forma, entende-se que a conquista e o exercício de um mandato político deve ocorrer dentro da legalidade e dos padrões sociais.

4.1.10 Probidade

O artigo 14, § 9º assegura que a probidade administrativa deve ser alvo de proteção. A ação ímproba é aquela a qual é desvestida de honestidade, boa fé, justiça e licitude. Tal ação gera a inelegibilidade, que é a inibição dos direitos políticos¹⁴³.

4.1.11 Igualdade ou Isonomia

A igualdade ou isonomia é prevista no artigo 5º da Constituição Federal e determina que todos sejam tratados de mesma forma. Dela, advém a ideia de igualdade de condições e

139 DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 41.

140 ZILIO, Rodrigo López. Opt. Cit. 2016. p. 34.

141 Idem ibidem. p. 34.

142 GOMES, José Jairo. Opt. Cit. 2016. p. 71.

143 Idem ibidem. p. 72-73.

oportunidades entre os candidatos no pleito eleitoral, e que é de fundamental importância para o bom decorrer da eleição.

Sobre isso José Jairo Gomes sustenta que:

“os concorrentes a cargos político-eletivos devem contar com as mesmas oportunidades, ressalvadas as situações previstas em lei – que têm em vista o resguardo de outros valores – e as naturais desigualdades que entre eles se verificam (...) no campo da propaganda eleitoral, todos os interessados, inclusive partidos e coligações, devem ter iguais oportunidades para veiculação de seus programas, pensamentos e propostas. A igualdade, aí, é formal, não material, já que os maiores partidos detêm mais espaço na mídia. A desigual distribuição de tempo, aqui, atende ao interesse de se fortalecer os partidos, o que termina por conferir maior estabilidade aos governos.”¹⁴⁴

Compreendidas as noções que regem o direito eleitoral, deve-se passar para a análise da propaganda eleitoral.

4.2 A propaganda eleitoral

A propaganda eleitoral é submetida a alguns princípios básicos para a sua aplicação: a legalidade, a liberdade, a liberdade de expressão ou comunicação, a liberdade de informação, a veracidade, a igualdade ou isonomia, a responsabilidade e o controle judicial¹⁴⁵.

Do princípio da legalidade entende-se que a propaganda política é regulada por lei, tratando-se de matéria de ordem pública e de competência legislativa privativa da União, podendo o Tribunal Superior pode regular o tema desde que não invada a competência do legislador. Quanto à liberdade, pode-se compreender que é livre a criação de propagandas desde que haja respeito aos limites legais. Já quanto à liberdade de expressão ou comunicação, entende-se que, sendo essencial a livre circulação de ideias para a democracia esta deve ser permitida, entretanto cabendo ser suscetível de limitações.

Por sua vez, a liberdade de informação é pautada na ideia de que os cidadãos têm direito de saber informações sobre os candidatos, sejam elas positivas ou negativas, de modo que os direitos a privacidade, ao segredo e à intimidade são reduzidos. O princípio da veracidade pontua que as informações veiculadas devem ser verdadeiras, de modo que até o Código Eleitoral em seu artigo 323 tipifica o ato de “divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado”. Já a igualdade ou isonomia defende que todos os interessados, inclusive partidos

¹⁴⁴ Idem ibidem. p. 73.

¹⁴⁵ Idem ibidem. p. 472-473.

e coligações, devem ter iguais oportunidades para veiculação de seus programas, pensamentos e propostas”¹⁴⁶, tal igualdade é formal, visto que partidos e coligações que ocupam mais cadeiras do Parlamento possuem mais tempo de propaganda eleitoral partidária.

4.3 Do abuso de poder religioso

A origem do abuso de poder eleitoral é encontrada no artigo 14, §9º da Constituição Federal. Nele, é disposto que a normalidade e a legitimidade das eleições devem ser protegida “contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta de inelegibilidade”.

José Jairo gomes trata o poder como “o domínio e o controle das situações, recursos ou meios que possibilitem a concretização ou a transformação de algo. Revela-se na força, na robustez, no império, na potencialidade de se realizar algo no mundo”¹⁴⁷

E, do poder, pode decorrer o seu abuso. O abuso de poder não possui definição explícita no ordenamento, entretanto, pode ser interpretado como um uso excessivo de um direito que se possui, com escopo na satisfação de interesses que não aqueles previstos e almejados pelo texto legal, conferindo assim um desvio de finalidade.

Esse viés cognitivo que coloca o abuso de poder como decorrente do abuso de direito tem sua nascente no Direito Privado. Isso ocorre pois para a configuração do abuso faz-se necessário o excesso, o mau uso, a exorbitância e o desvio, que logo decorrem do perpasso de um limite ou padrão comportamental ora imposto na legislação¹⁴⁸.

Aplicando o abuso de poder no direto eleitoral, Frederico Alvim pontua que:

“Inexiste, em nosso ordenamento, um conceito jurídico-legal a respeito do abuso do poder nas eleições. Constituição Federal e legislação esparsa ocupam-se do instituto, entretanto sem conceituá-lo.

A proximidade entre direito e poder autoriza que a doutrina especializada associe o abuso de poder na seara eleitoral com a teoria do abuso de direito, elaborada na esfera privada. A prática abusiva pode advir do exagero no uso de prerrogativas que, em medida razoável, são permitidas (como o uso do dinheiro e o manejo da mídia), ou então de práticas que, mesmo em monta discreta, tendem a ser inadmitidas (como o uso da máquina administrativa).”¹⁴⁹

Nesta perceptiva, José dos Santos Carvalho Filho coloca que “todo abuso de poder se configura como ilegalidade. Não se pode conceber que a conduta [...] despida de sua

146 Idem ibidem. p. 473.

147 FARIA, Fernando de Castro. **Perda de mandato eletivo: decisão judicial e soberania popular**. Florianópolis: Conceito Editoriais, 2012. p. 92.

148 GOMES, José Jairo. Opt. Cit. 2016. p. 210.

149 ALVIM, Frederico Franco. **Manual de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 410.

finalidade, possa compatibilizar-se com a legalidade. É certo que nem toda ilegalidade decorre de conduta abusiva; mas todo abuso se reveste de ilegalidade [...] ¹⁵⁰”.

Assim, para a doutrina majoritária, com destaque a Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho, o abuso de poder configura-se, por se só, um desrespeito aos preceitos contidos na legislação. Desse modo, “todo abuso de poder é realmente uma afronta ao princípio da legalidade ¹⁵¹”, visto que ainda que um ato viciado tenha nascido de um ato lícito, autorizado por lei e legítimo, o excesso ou desvio desse poder leva, necessariamente, à sua ilicitude.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “o ato ilícito, portanto, é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo” ¹⁵². Destrinchando:

“A conduta contrária à norma jurídica, só por si, merece a qualificação de ilícita, ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. [...] E assim é porque o legislador, ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento prévio, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a atingir. [...] A contrariedade a direito é condição objetiva que se configura por ter sido violada a ordem jurídica.” ¹⁵³

Por outro lado, não se pode deixar de pontuar que, para o Ministro Marcelo Henriques Ribeiro e parcela minoritária da doutrina, o entendimento adotado é de que nem sempre o abuso de poder configura uma ilegalidade ou ilicitude. Este entendimento foi posto pelo supramencionado ministro em precedente do Tribunal Superior eleitoral, no qual explica:

“A configuração do abuso não pressupõe, necessariamente, a ilicitude dos atos, como alegado pelos agravantes, sendo possível que uma conduta permitida legalmente possa ser considerada abusiva, caso praticada com excesso ou desproporcionalidade de meios, acarretando o desequilíbrio entre os candidatos, com potencial influência na legitimidade do pleito.” ¹⁵⁴

A par desse debate e seguindo a corrente majoritária, pode-se concluir que o abuso de poder pode ser caracterizado como um sinônimo de ilícito eleitoral. O abuso de poder eleitoral como gênero, é dividido nas espécies: abuso de poder político; abuso de poder econômico; abuso de poder carismático ou ideológico e, uso indevido de veículos e meios de comunicação social (este também conhecido como abuso de poder nos meios de comunicação

150 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

151 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 48.

152 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 12.

153 Idem Ibidem. p. 9.

154 BRASÍLIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 101.804. Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. 16 jun. 2010. DJe p. 83/84, 05 ago. 2010 apud FÁRIA, Fernando de Castro. Op. cit. p. 95.

ou abuso de mídia, tendo sua previsão não na Constituição, mas na Lei Complementar nº 64/90).

Compreendida a figura do abuso de poder, o abuso de poder que terá espaço a partir de agora será o abuso de poder religioso na propaganda eleitoral. Este refere-se à prática de líderes religiosos que utilizando sua influência, não apenas manifestam apoio como também veiculam propaganda e pedem apoio dos fiéis para a eleição de um candidato que tenha a sua aprovação.

Tal situação levanta o questionamento sobre se é possível que líderes religiosos façam uso de sua posição privilegiada para tecer elogios ou se posicionar sobre candidatos em período eleitoral. Tal atitude seria mero exercício da liberdade de expressão ou pode/deve ser limitada ante o perigo de causar desequilíbrio entre candidatos e ferir os princípios eleitorais.

Sobre o que seria o abuso de poder religioso pode-se entender atitude de líderes religiosos que manipulam seus fiéis para conseguirem eleger candidatos. Tal indução ao voto é considerada abusiva e desvirtua a liberdade religiosa ao ser utilizada para prática de ilícito eleitoral.

Ora, em primeiro lugar há de se pontuar a esfera de poder vinculada à figura de um representante religioso. Notadamente, por exercer papel de liderança, logo, pautado como indivíduo que reflete confiança e dá direcionamentos em seu núcleo social, é de considerar que meras opiniões expressadas por ele tem sim grande poder de influência mediante os fiéis.

Ademais, constata-se que o líder religioso, diante de seu destaque na sociedade, torna-se uma personalidade pública que deve agir em consonância com o interesse público através do respeito às normas do Estado.

O interesse público pode ser entendido como aquele referente a toda a comunidade, deixando de lado o interesse de grupos para que sejam respeitados os conjuntos de valores que são caros à sociedade por tratar do funcionamento das instituições fundamentais, e à estrutura da sociedade¹⁵⁵. Sobre isso, sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente tem quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁵⁶.

155 GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 170.

O respeito às normas do Estado é necessário, por exemplo, ao se mostrar necessário o cumprimento do disposto no artigo 37, caput e § 4º da Lei 9.504/1997, que trata sobre o uso de templos religiosos para propaganda eleitoral, vejamos:

“Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados. (...)”

§ 4º Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.”

Por meio deste dispositivo pode-se observar que é vedada a utilização de bem de uso comum do povo para a realização de propaganda eleitoral. E, no parágrafo §4º pode ser encontrado expressamente a classificação de “templos” como bens de uso comum. Desta forma, tem-se uma infração à norma constitucional ao se realizar propaganda política em templos religiosos.

É válido comentar que na tentativa de reforçar o afastamento do poder religioso da esfera eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4.650, e revogação do art. 81 da Lei 9.504/1997, declarou a inconstitucionalidade da realização de doação eleitoral por pessoa jurídica a partido político e candidatos. Tal proibição engloba as entidades religiosas (pessoa jurídica) e reforça a proibição das entidades religiosas contribuírem financeiramente para a divulgação direta ou indireta de campanha eleitoral.

Neste momento, cumpre ressaltar ainda a laicidade do Estado, o que reitera a ideia de que a Igreja deve ser afastada do Estado.

Essa tentativa de afastamento ocorre visto que a interferência de líder ou entidade religiosa na corrida eleitoral pode restringir a liberdade de votos dos seus fiéis, o que fere aos princípios do direito eleitoral e do direito a voto e ao exercício da soberania popular pelo sufrágio universal.

Além disso, a lisura do processo eleitoral e a normalidade das eleições também é afetada visto que o voto do eleitor, ao ser fortemente influenciado pela fé, passará a possuir vício de vontade.

“o princípio da lisura objetiva resguarda a franqueza da disputa eleitoral”, o que “pressupõe a observância de princípios outros, como os da autenticidade do resultado, da legalidade do pleito, da eficácia do voto livre, da igualdade de oportunidade entre candidatos e da imparcialidade e firmeza na condução das eleições”.¹⁵⁷

Logo, a legitimidade das eleições também é posta em xeque.

“O texto constitucional é que afirma que as eleições somente serão normais e legítimas se não houver abuso de poder, seja ele político ou econômico, ou seja, se não se tiver um resultado que não decorra única e exclusivamente de fatores diversos da soberania popular, hipótese em que as eleições não poderão ser reconhecidas.”¹⁵⁸

No tocante ao princípio da isonomia e igualdade de condições (ou oportunidades) entre os candidatos, notadamente, a influência de um líder religioso perante seus fiéis na defesa ou contra um candidato gera um grande impacto no nos eleitores. Tal impacto pode afetar massivamente a igualdade de condições, e assim, ferir tal princípio.

Pode-se dizer ainda que com a interferência nos votos individuais é afetada a soberania popular, a rela vontade do povo. E, diante disso, a ordem democrática também é afetada, visto que a democracia é concretizada pela soberania popular.

Ademais, o abuso de poder religioso na propaganda eleitoral pode ensejar a perpetuação de grupos políticos no poder eleitos que usam da fé das pessoas para angariar votos. E assim, pode-se considerar que tal perpetuação também contrariaria o princípio republicano, que este defende a existência eletividade, da temporalidade e da alternância de poder.

Diante de todo o exposto, constata-se que a influência religiosa no pleito eleitoral não constitui apenas mero exercício da liberdade de expressão por seus líderes, mas sim uma afronta a vários princípios da propaganda e do direito eleitoral. Além disso, essas afrontas aos princípios revelam, muitas vezes, em quebra das ideais republicanos e à própria ordem democrática imposta na Constituição.

157 ALVIM, Frederico Franco. Opt. Cit. 2012. p. 38-39.

158 . FRANCISCO, Afonso Caramuru. Dos abusos nas eleições: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 16.

Isso pode ser visto, por exemplo na interferência no sufrágio, visto que com a existência de vício de vontade no voto, um pilar da democracia é quebrado. Tal quebra ocorre visto que a soberania popular (logo, o voto, a vontade do povo) é condição *sine qua non* para a constituição de um estado democrático.

É necessário uma maior regulação desse tipo de interferência externa e prejudicial às eleições e à ordem democrática. A proibição é necessária para garantir o interesse público, não cabendo aqui em falar em exercício da liberdade de expressão, visto que, diante do poder que a circunda, é necessária a sua mitigação.

Por fim, vale ainda questionar sobre se: Caso um representante religioso venha a sem candidatar a algum cargo político, ele poderá continuar exercendo sua atividade normalmente? Isso não feriria os mesmos princípios visto que ele poderia utilizar aquele mesmo local e posição de poder para se promover politicamente?

A legislação atual não abarca esse tipo de hipótese. Entretanto, nesse caso convém fazer um paralelo com a desincompatibilização, necessária a diversas profissões como, por exemplo, funcionários públicos.

A desincompatibilização pode ser definida como “a faculdade dada ao cidadão para que se desvincule do cargo de que é titular, no prazo previsto em lei, tornando assim possível a sua candidatura”¹⁵⁹. E, de acordo com José Jairo Gomes, teria a seguinte finalidade:

“A finalidade desse instituto é evitar o quanto possível que candidatos ocupantes de cargos públicos coloquem-nos a serviço de suas candidaturas, comprometendo não só os desígnios da Administração Pública, no que concerne aos serviços que devem ser prestados com eficiência à população, como também o equilíbrio e a legitimidade da eleição.”¹⁶⁰

Desta forma, visto que a finalidade de garantir o equilíbrio e a legitimidade das eleições são similares, revela-se adequada a extensão da desincompatibilização para abarcar casos de líderes religiosos que se candidatem a cargos políticos.

159 FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 313.

160 GOMES, José Jairo. Opt. Cit. 2016. p. 204.

CONCLUSÃO

Com base em tudo que foi analisado, conclui-se que os direitos fundamentais, não sendo absolutos, são passíveis de limitações e restrições.

O caso do abuso de poder religioso na propaganda eleitoral demonstra bem a necessidade de limitar-se os direitos fundamentais, visto que, nesse caso, a alegação de mero exercício de liberdade de expressão perde a validade visto que, na propaganda realizada com o uso da religião, há a infração de diversos dispositivos legais e princípios norteadores da propaganda e do direito eleitoral.

Deste modo, ao ocorrer a quebra na igualdade de condições entre os candidatos e ao ser exercida influência sobre a vontade dos eleitores, os votos tornam-se viciados. E, considerando que a soberania popular é demonstrada pelo direito ao voto, o vício neste impacta a soberania popular.

A soberania popular, por sua vez, é um elemento importantíssimo que compõe a definição de Estado Democrático de Direito, o que leva a entender que o abuso de poder religioso na propaganda eleitoral, por ir de encontro a normas e princípios fundantes da Democracia, é sim uma afronta à ordem democrática que deve ser contida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução; Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros: São Paulo. 2ª edição; 5ª tiragem. 2017.

ALVIM, Frederico Franco. **Manual de direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora da UnB, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32º Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2017.

BRASIL. Primeira Turma do STF. Recurso Extraordinário nº 13.297. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Data de Julgamento: 13/06/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000141295&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Pleno do STF. Mandado de Segurança nº 22.164. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Data de Julgamento: 30/10/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000023355&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Pleno do STF. Mandado de Segurança nº 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, Data de Julgamento: 16/09/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000020652&base=baseAcordaos> Acesso em 02 de maio de 2019.

BRASÍLIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 101.804. Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. **Pesquisa de Jurisprudência** 16 jun. 2010. DJe p. 83/84, 05 ago. 2010. apud FARIA, Fernando de Castro. 2012.

BUROSKI, Martin. **La restricción de los derechos fundamentales**. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, n. 59, 2000, p.32 APUD FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOT ILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1572.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. São Paulo: Atlas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, Fernando de Castro. **Perda de mandato eletivo: decisão judicial e soberania popular**. Florianópolis: Conceito Editoriais, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Jus Podivm. 9ª Edição. Salvador.2017.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALUPPO, Marcelo campos. **O que são direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade civil dos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentjichen Rechte**. Freiburg. Mohr, 1892 (p . 86-87, 95-186) apud DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Opt Cit.

LELLIS, Lélío Maximino, et al. **Manual de Liberdade Religiosa**. 1ª Ed. Engenheiro Coelho: Ideal Editora, 2013.

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

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva: São Paulo. 9ª Edição. 2014.

NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria Geral e Crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Editora Fórum. 1ª Edição. Belo Horizonte. 2012.

PEREZ LUNO, Antonio Henrique. **Las geraciones de derechos humanos**. *Revista del centro de Estudios Constitucionales* 10/105, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6^a.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11^a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Calr. **Verfassungslehre**. Reimp. Berlim, Neukoeln,1954. apud BONAVIDES, P. Op. Cit.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada**. Brasília, 2001. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a ed. Editora Malheiros, São Paulo. 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2014.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa**. RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5^a Edição. Porto Alegre. Editora Verbo Jurídico. 2016.