



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

1. Mencionar decisão do STF. Art. 23, II, CF/88. Federalismo cooperativo. Possível atuação dos Estados e Municípios de modo contrário à União.	1,0	
2. Possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Conceito de reserva do possível, mínimo existencial, ativismo judicial, reserva de consistência.	1,0	
3. Prevalência do direito à vida. Relatividade dos Direitos fundamentais e solução de acordo com o caso concreto. Mencionar um dos parâmetros trazidos no espelho, a exemplo da proporcionalidade.	2,0	
4. Conceito da Teoria dos Limites dos Limites (núcleo duro intangível).	1,0	

Padrão de resposta:

Conforme recente entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF)¹, as ações de combate ao coronavírus estão relacionadas à proteção da saúde, sendo de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II, da Constituição Federal de 1988 (CF/88)). Trata-se de reflexo do federalismo cooperativo, o qual exige a cooperação entre os entes federativos nas suas respectivas competências. Dessa feita, no caso concreto, os Estados e Municípios podem adotar medidas divergentes da União, já que possuem competência para tanto e suas práticas estão referendadas por informações científicas internacionais.

¹A orientação dos cursos é pelo uso inicial do nome por extenso de todas as palavras (exemplo: Supremo Tribunal Federal) seguida da sigla entre parênteses (exemplo: STF). Após, pode-se usar apenas a sigla no decorrer da resposta.



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1 CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

Pode haver a judicialização no caso, uma vez que a saúde compõe o mínimo existencial (núcleo essencial a uma vida digna) e não pode, a princípio, ser relativizada pela alegação de reserva do possível (atuação estatal condicionada à existência de recursos financeiros). Ainda, pode-se alegar a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), princípio da proibição da proteção insuficiente e combate à erosão da consciência constitucional. Possível, assim, promover o ativismo judicial (atuação proativa do Judiciário para concretizar direitos fundamentais) como forma de atenuar as falhas do Executivo, dentro da ideia de freios e contrapesos. Mas essa intervenção deve respeitar certos instrumentos de controle, a exemplo da ideia de reserva de consistência, a qual exige argumentos suficientes para demonstrar o acerto da decisão judicial.

A hipótese de colisão entre Direitos Fundamentais não possui uma solução apriorística, sendo necessária a análise do caso concreto para verificar qual deve prevalecer. Dentre os parâmetros para esse exame, destaca-se a proporcionalidade (com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), assimetria da relação jurídica e prioridade das liberdades existenciais. No caso narrado, deve prevalecer o direito à saúde e vida (art. 5º, caput; 6º e 196, CF/88), vez que proporcional e ligado à dimensão existencial da vida humana (art. 1º, III, CF/88).

Embora possam comportar restrições, os Direitos Fundamentais possuiriam um núcleo duro, intangível – trata-se da “teoria dos limites dos limites”. Caso as limitações atinjam esse núcleo, haverá descaracterização do Direito Fundamental.

Espelho da questão:

a) Os Estados e Municípios poderiam adotar medidas contrárias ao posicionamento do governo federal?

A escolha da questão teve por objetivo debater um tema atual, que será um desafio e alvo de intenso controvérsia pelas instituições brasileiras. Agravando a insegurança causada pela pandemia, são frequentes as divergências entre as decisões do Presidente



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1 CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

da República, governadores e prefeitos, em especial quanto às medidas de isolamento social e entrada e saída de seus territórios.

Nesse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 926/20, alterando o Art. 3º, caput e inciso VI, ambos da Lei 13.979/2020 (Lei sobre medidas de combate ao coronavírus), para fixar que apenas por ato do Poder Executivo federal ocorrerá a restrição da locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos ou aeroportos. Em seguida, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nº 6.341², pelo Partido Democrático Brasileiro (PDT) questionando a constitucionalidade da MP³.

A mencionada ADI teve medida cautelar concedida pelo STF, na qual o Ministro Marco Aurélio reconheceu tanto a competências da União para decidir sobre as providências em relação à crise, quanto a atuação suplementar dos Estados e Municípios. Segundo o Ministro, as medidas tomadas pelo Executivo Federal não afastam atos de combate ao coronavírus a serem praticados por Estado, Distrito Federal e Município, por serem relacionados à proteção da saúde, tema de competência comum a todos os entes, conforme art. 23, II:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Posteriormente, o Plenário do STF⁴ ⁵confirmou o entendimento do relator, afirmando que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 deve ser interpretado de acordo com a Constituição, permitindo que a União legisle sobre o tema, mas resguardando a autonomia dos demais entes. Ademais, consignou que a possibilidade do chefe do Poder Executivo Federal definir

² Inteiro teor: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/03/decisao-marco-aurelio-adi-6341.pdf>

³No mesmo sentido, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>

⁴ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>

⁵Conforme, recente decisão do STJ, caberia apenas ao STF analisar discussão sobre toque de recolher em Município, tendo em vista a natureza constitucional do tema. Sobre o assunto:
<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Natureza-constitucional-impede-STJ-de-analisar-discussao-sobre-toque-de-recolher-em-municipio.aspx>



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1 CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio da separação dos poderes.

Ainda sobre o tema, importante destacar a ideia de **federalismo cooperativo**, já que a forma de estado brasileira pressupõe a cooperação entre os entes federativos em várias de suas competências, fato nítido no supracitado art. 23 da CF/88. Os constantes atritos entre os entes federativos colocam em risco a adequada execução das políticas públicas de combate à pandemia, com reflexos nocivos, especialmente, à população mais vulnerável, assistida pela Defensoria.

Outra expressão que convém relembrar é a de **federalismo centrífugo ou por desagregação**. A noção leva em conta a formação histórica do federalismo, sendo centrífugo quando um Estado, anteriormente unitário, descentraliza-se com a formação de entes federativos menores (como Estados e Municípios), mas a parcela maior do poder continua com o ente central (União), que restringe a autonomia dos demais entes. Em contraposição, fala-se no **federalismo centrípeto ou por agregação**, quando a federação é formada pela união de entes anteriormente soberanos, mas que renunciam à parte de sua soberania em favor de um ente central, a exemplos dos EUA, Alemanha e Suíça.

O **federalismo brasileiro** pode ser classificado como centrífugo e, por isso, as competências atribuídas pela CF/88 à União são amplas, a exemplo do art. 21 (competência administrativas exclusivas) e do art. 22 (competências legislativas privativas da União). No entanto, há artigos na CF/88 que também trazem o federalismo cooperativo como centro do nosso modelo de federalismo, indicando a importância de uma atuação conjunta da União com os Estados e Municípios. Nessa linha, o mencionado art. 23 define as competências comuns em um rol de matérias, com destaque aqui para a saúde. Também, o artigo 24, que dispõe sobre as competências legislativas concorrentes em temas relevantes.



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

Portanto, vimos que, em tema de pandemia, todos os entes federativos têm competência concorrente. Mas, **não havendo conciliação entre os entes**, como solucionar esse conflito de competência? A resposta deve vir pela análise do caso concreto – sempre de modo mais favorável ao assistido da Defensoria – levando em conta alguns argumentos importantes⁶:

- a) Não existe hierarquia entre as competências federativas, havendo autonomia de cada ente dentro de sua esfera de atuação. Caso haja conflito, a solução deve ocorrer de acordo com cada caso concreto, prevalecendo o comando do ente competente para aquele caso.
- b) Caso a União seja omissa, os Estados podem regular inteiramente a matéria (art. 24, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, CF/88) e os Municípios têm competência suplementar, salvo quando o interesse for exclusivamente local, quando haverá prioridade da deliberação municipal.
- c) Na hipótese de o Poder Executivo Federal ou Presidente da República decidir de modo manifestamente incompatível com orientações científicas e políticas confirmadas internacionalmente, é possível que os demais entes exerçam o direito de resistência federativa. Assim, esses entes podem agir de acordo com suas prerrogativas de auto-organização, autogoverno, auto-administração e autolegislação para concretizar as medidas necessárias. Essa atuação é ainda legitimada pelo trabalho em conjunto com órgãos técnicos federais (como as agências reguladoras), diálogo com o Congresso Nacional e, caso necessário, o ajuizamento de ações no Poder Judiciário.

No caso trazido pela questão, seria pertinente um posicionamento em favor dos decretos estaduais e municipais. Tais documentos são ratificados pelas orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS) pelo isolamento social e restrição de circulação. Ainda, destaca-se a autonomia e ausência de hierarquia entre os entes federativos, além do interesse regional e local na contenção do coronavírus. Tais argumentos possibilitam

⁶<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/constituicao-poder-cf-estabelece-cooperacao-federativa-crise-covid-19>



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

sustentar a manutenção das normas dos Estados e Municípios pela restrição de circulação em seus territórios.

Atentem-se, no entanto, que o tema ainda não foi decidido definitivamente pelo STF, tratando-se de uma jurisprudência em construção sobre uma questão não pacificada. Em casos como esse, vale explicar o posicionamento das Cortes Superiores e se posicionar da melhor forma para os usuários da Defensoria. Na prática, inclusive, a Defensoria por vezes defender teses que não são acolhidas pela doutrina em geral e pela jurisprudência, o que permite o debate e eventual superação de jurisprudência. Na hipótese da questão, como a princípio o posicionamento mais harmônico com os objetivos da Defensoria seria pelo direito à vida, caberia defender a manutenção das normas estaduais e municipais, mas ressaltando que o tema não é pacífico.

b) Caso a Administração Pública não viabilizasse os novos leitos de UTI sob o fundamento da reserva do possível, poderia o Poder Judiciário intervir e sob quais fundamentos? Nesse contexto, o que significa a reserva de consistência?

A possibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas é argumento muito utilizado em demandas da Defensoria, cujos assistidos comumente necessitam de bens e serviços que deveriam ser fornecidos pela Administração, mas não o são. Assim, é evidente que a judicialização revela um mau funcionamento dos demais poderes do Estado: por não cumprirem seus deveres constitucionais, exigem uma maior atuação do Judiciário, que trabalha sobrecarregado e acaba por decidir muitos temas que deveriam ter solução pelo Legislativo. Apesar disso, trata-se de fenômeno necessário para a concretização de direitos fundamentais violados pela inação do Estado. Os fundamentos a seguir expostos são comuns nos espelhos das provas de Defensoria, cabendo um estudo detalhado sobre o tema.

De início, importante entender os **argumentos contrários** ou que mitigam a intervenção do Judiciário nas políticas públicas:



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

a) Separação de Poderes: o princípio da separação dos poderes ou do legislador democrático (art. 2º da CF/88) assegura a independência entre os poderes, com atuação dentro de sua parcela de competência constitucionalmente definida, o que é, inclusive, protegido como cláusula pétrea (art. 60, §4º, III). Nesse contexto, as políticas públicas são de atribuição do Poder Executivo e a interferência do Judiciário violaria a separação dos poderes, ameaçando o regime democrático brasileiro.

b) Reserva do Possível: esse princípio destaca o grande número de demandas dos cidadãos em contraposição aos restritos recursos do Estado. Assim, a prestação de serviços estaria condicionada à existência de recursos estatais, sendo legítima a limitação fática e jurídica à realização de Direitos Fundamentais, permitindo-se ao administrador a feitura de “escolhas trágicas”.

Felizmente, os **argumentos que permitem a atuação do Judiciário** são muitos, sendo, inclusive, confirmados por precedentes dos Tribunais Superiores. Vejamos os principais deles:

a) Sistema de freios e contrapesos: não há uma separação rígida entre as funções de cada poder, sendo saudável à democracia que haja um controle externo de cada poder pelo outro. Assim, é legítimo acionar o Judiciário sempre que um direito fundamental fosse violado por ação ou omissão da Administração.

Sobre o tema, a ADPF 45 foi a decisão paradigma do STF, legitimadora do controle e intervenção do Judiciário nas políticas públicas. Na ocasião, o Supremo esclareceu que o Judiciário não controla a escolha de mérito do Poder Executivo quanto às políticas públicas, mas pode exercer um controle de legalidade, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/99). Assim, se a escolha do administrador for desarrazoada e desproporcional, neutralizando direitos sociais, viola-se o mencionado art. 2º, permitindo um controle de legalidade pelo Judiciário.

Outro argumento contra a ideia de separação rígida de poderes destaca que o princípio da separação de poderes foi pensado para garantir Direitos Fundamentais, assegurando um ambiente democrático. Assim, seria uma distorção utilizar esse princípio



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1 CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

como obstáculo para a realização de direitos sociais como a saúde, igualmente relevantes para uma vida digna dos cidadãos. Ainda, o Poder Judiciário tem como atribuição a efetivação desses direitos fundamentais e sociais, podendo intervir para garantir que as políticas públicas sejam efetivas.

b) Inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88): trata-se de direito fundamental que assegura o acesso ao Judiciário sempre que um direito for violado. Tal direito continua existindo mesmo nos casos em que a violação for decorrente de uma ação ou omissão do Estado, o que confirma a possibilidade de atuação do Judiciário nessas hipóteses.

c) Mínimo existencial: conjunto de direitos formados por bens e utilidades imprescindíveis a uma vida humana digna. Tem previsão no art. 25.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e no art. 1º da Lei nº 8.742/93. Importante observar que o conceito é mais amplo do que de mínimo vital, vez que não se defende apenas a garantia da vida, mas o respeito a todos os direitos sociais necessários a uma vida DIGNA. Direitos sociais como a saúde compõem esse mínimo existencial, possuindo força normativa e aplicabilidade imediata.

A princípio, não se pode alegar a reserva do possível quanto aos direitos que compõem o mínimo existencial. Isso porque o estado de escassez alegado pela Administração muitas vezes é resultado de um processo de escolha do administrador público em investir em determinada área e não em outra, mas quando se fala em Direitos Fundamentais, não há essa opção: deve-se tutelá-los. Assim, a reserva do possível apenas pode ser alegada para direitos que não compõem o mínimo existencial⁷ e, ainda assim, apenas quando o Estado conseguir demonstrar concretamente a impossibilidade financeira de concretizar o direito pleiteado.

⁷Há aqui uma divergência na doutrina. Existem autores (por todos, Ingo Sarlet) que defendem um caráter absoluto do mínimo existencial, que não poderia ser relativizado pela ideia de reserva do possível. Já doutrinadores como Daniel Sarmento entendem que em sociedades pobres não é possível conceber um direito definitivo ao mínimo existencial, mas apenas impor ao Estado uma argumentação consistente que justifique sua omissão, que deve ser tanto maior quanto mais indispensável for o direito em análise.



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

d) Princípio da proibição da proteção insuficiente: trata-se de nova vertente do princípio da proporcionalidade, ao lado da clássica dimensão de vedação de excessos (que será estudado mais a frente). Aqui, a proporcionalidade é usada para impor ao Estado seu dever de tutela dos Direitos Fundamentais, condenando sua omissão nos casos em que deveria ter agido. Em uma situação de pandemia, a inação do Estado em providenciar leitos de UTI é claro exemplo de proteção insuficiente.

Importante observar que a função protetiva do Estado e a vedação da proteção insuficiente vinculam os três poderes estatais, as quais devem cooperar para o atendimento das políticas públicas. Esse dever envolve não só as funções típicas de cada poder, mas também as atividades de controle da atuação dos outros poderes, concretizando o sistema de freios e contrapesos.

e) Combate à erosão da consciência constitucional: trata-se de expressão utilizada pelo Supremo, referente a um processo de desvalorização funcional da Constituição. Nesse contexto, as omissões do próprio Estado no cumprimento de seus deveres constitucionais colocam em dúvida a força normativa da constituição.

Cabe ainda lembrar um fenômeno com estreita relação com a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: o **ativismo judicial**. O termo trata do comportamento dos juízes, que, buscando a melhor solução para o caso, utilizam-se de uma interpretação expansiva, indo além de uma conduta meramente técnica e judicial.

Como vantagens do ativismo, destaca-se:

- a) Proteção contramajoritária: a partir da interpretação expansiva, o Judiciário pode tutelar o direito da minoria, que não teria o mesmo êxito no Legislativo;
- b) Atuação proativa: no papel de guardião dos Direitos Fundamentais, o Judiciário pode, de modo mais efetivo, impor condutas ou abstenções necessárias à concretização das políticas públicas.

Por outro lado, cabe elencar as seguintes críticas:

- a) Risco à separação de poderes



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

- b) Ausência de legitimidade democrática dos juízes: não são eleitos pelo povo, sendo nomeados com base, em regra, em um concurso público. Tal fato dificulta a avaliação sobre a real vontade do povo.
- c) Risco de politização judicial;
- d) Possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário e impactar de modo indevido o orçamento público
- e) Insegurança jurídica: a maior liberdade de interpretação gera decisões conflitantes entre os juízes

Apesar das muitas críticas, o ativismo, por vezes, é a única forma de se defender direitos negligenciados pela atuação dos demais poderes. Seria o caso da ausência de leitos de UTI em uma pandemia, sendo benéfica a atuação proativa do Judiciário.

Por fim, a questão demandava o conceito de **reserva de consistência**. A intervenção do Judiciário, embora muitas vezes necessária, deve respeitar limites para que não haja abuso nessa tarefa. O Judiciário possui uma incapacidade institucional para lidar com temas que não são próprios do direito, a exemplo da discussão sobre o uso de células-tronco, início da vida para fins de aborto e aspectos específicos do uso do dinheiro público nas políticas públicas. Assim, a doutrina vem pontuando alguns elementos de controle dessa intervenção (processo de autocontenção), a exemplo da reserva de consistência.

A ideia aqui seria condicionar a intervenção do Judiciário à reunião de argumentos suficientes para demonstrar o acerto no resultado que se pretende alcançar. Assim sendo, para que seja possível a intervenção jurisdicional sobre dada política pública, exige-se, por exemplo, que o juiz apresente argumentos substanciais de que determinada conduta do estado é incompatível com a Constituição.

c) Na hipótese de colisão de direitos fundamentais – a exemplo da liberdade de locomoção e o direito à vida – como solucionar o conflito?



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1 CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

A colisão de direitos fundamentais também é tema comum em demandas da Defensoria, já que a violação de um direito do assistido não exclui a violação de outros direitos. No caso narrado, temos um embate entre dois direitos tutelados pela CF/88.

De um lado, o direito fundamental à vida e direito social à saúde (art. 5º, caput, 6º e 196, CF/88). Trata-se de direito público subjetivo dos cidadãos e um dever jurídico do estado, com eficácia plena e aplicabilidade imediata (5º, §1º), não sendo mera norma programática. Ainda, a concretização do direito à saúde pressupõe a integralidade de assistência pelo SUS (art. 198, II, CF/88), incluindo leitos de UTI, caso necessário. Por outro lado, há a liberdade de locomoção (art. 5º, XV e LXVIII, CF/88). Qual deve prevalecer?

De início, importante esclarecer que os **direitos fundamentais não são absolutos**⁸, cabendo restrições quando, em um caso concreto, houver outro direito que deva prevalecer. Essa ideia é amparada por um princípio de interpretação constitucional: o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas, o qual indica que todos os direitos encontram limites em outros interesses coletivos.

Vale notar que a própria CF/88 traz ressalvas à liberdade de locomoção, a exemplo da possibilidade de prisão em casos excepcionais (art. 5º, LXI) e da obrigação de permanência em uma localidade determinada por ocasião do estado de sítio (art. 139, I). Lado outro, também o direito à vida possui exceção na CF/88, que permite a pena de morte na hipótese de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a, CF/88).

Sendo possível a relativização dos Direitos Fundamentais, resta saber quais parâmetros são utilizados para solucionar um eventual conflito entre eles. Desde logo, note que não há uma solução genérica e abstrata, **devendo-se analisar o caso concreto**. Isso porque os direitos fundamentais, com frequência, apresentam-se sob a forma de princípios, permitindo a utilização das técnicas típicas da colisão entre princípios, a exemplo da proporcionalidade. Lado outro, não se pode aplicar o raciocínio do “tudo ou nada” das

⁸ A doutrina aponta direitos que, excepcionalmente, seriam considerados absolutos, a exemplo do direito de não ser torturado, não ser escravizado e não ser associado compulsoriamente em uma associação.



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

regras, que permitiria a exclusão total de um direito fundamental no caso concreto. Assim, deve-se conciliá-los levando em conta a relevância que cada um possui no caso, aplicando-os em extensões variadas, mas sem a exclusão de um deles do ordenamento jurídico.

Vale pontuar as principais ideias trazidas pela doutrina e Tribunais Superiores para solucionar cada caso:

- a) Utilização do princípio da **proporcionalidade**, que se subdivide em três subprincípios:
- a.1) Adequação: existe quando o meio escolhido é adequado para alcançar o fim pretendido (princípio da conformidade ou validade do fim).
- a.2) Necessidade: entre todos os meios adequados, deve-se buscar o meio mais eficaz e menos restritivo a outros direitos. Há aqui duas subcategorias trazidas pela doutrina:
- a.2.1) Necessidade como vedação ao excesso: a medida escolhida deve ser a estritamente necessária, uma vez que há o dever estatal de não intervenção na esfera de liberdade do cidadão
- a.2.2) Necessidade como vedação da insuficiência: a medida escolhida deve ser suficiente para impedir ou reprimir violações aos Direitos Fundamentais.
- a.3) Proporcionalidade em sentido estrito: é o sopesamento dos custos e benefícios, a proporcionalidade entre os meios e os fins.

Para ilustrar, podemos analisar a criminalização do feminicídio⁹ à luz da proporcionalidade. A necessidade de criminalização estaria preenchida, já que a maior restrição à liberdade de locomoção, imposta pelo Direito Penal, seria necessária para proteger o bem jurídico tutelado (vida das mulheres), gravemente violado. Em seguida,

⁹MELO, Mônica de. A Criminalização do Feminicídio no Brasil, direitos humanos das mulheres, princípio da proporcionalidade e direito penal mínimo.. Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 3, p. 67-88, 2018.



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

analisamos a adequação: a tipificação do feminicídio impede o cometimento do mesmo crime pelo agente e fomenta a redução de outros feminicídios. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito permite um sopesamento entre o direito à vida das mulheres e o direito à liberdade dos agressores, priorizando-se aquele e permitindo-se uma sensibilização para a questão da violência de gênero e quantificação dos dados sobre o feminicídio.

Assim, quando mencionarem o princípio da proporcionalidade, busquem trazer esses subprincípios, demonstrando conhecimento sobre o conteúdo do princípio. Esse conhecimento, inclusive, foi cobrado na prova da DPE/SP.

b) O parâmetro da **assimetria da relação jurídica** também pode ser relevante. Quanto mais assimétrica for a relação, maior o peso dos Direitos Fundamentais e menor a margem para a liberdade individual.

Essa ideia é utilizada especialmente em relações de direito privado, a exemplo de contratos trabalhistas. Nesse contexto, a doutrina menciona o caso Air France, no qual se questionou a disparidade de tratamento entre funcionários brasileiros e franceses, já que estes possuíam mais direitos trabalhistas. O STF entendeu que o uso do critério nacionalidade para criar distinções remuneratórias para os funcionários que exercem a mesma função é atentatório a autonomia e que não poderia prevalecer a liberdade da empresa.

c) Ainda, pode-se falar na **prioridade das liberdades existenciais**. As liberdades existenciais referem-se à dimensão existencial da vida humana, para além de questões meramente patrimoniais. A CF/88 possui como sobreprincípio a Dignidade da Pessoa Humana, dando prioridade a questões existenciais, a exemplo da vida e da saúde.

Aplicando-se os parâmetros acima ao caso narrado, pode-se afirmar que o direito fundamental à saúde e à vida deve prevalecer. Com efeito, a restrição da liberdade de locomoção é adequada e necessária ao combate do coronavírus (conforme, inclusive, recomendação da OMS), além de ser proporcional em sentido estrito, restringindo temporariamente a



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

locomoção em nome do direito maior à vida. Assim, a proporcionalidade e a ponderação entre os direitos em jogo apontam a prevalência do direito à saúde. Cabe ainda destaque para o conteúdo existencial do direito à saúde, com supremacia em relação a outros direitos secundários em um momento de pandemia, a exemplo da liberdade de locomoção.

d) O que significa a teoria dos “limites dos limites”?

A teoria dos “limites dos limites” (Schranken-Schranken) indica a existência de um núcleo intangível dos Direitos Fundamentais, que não pode ser relativizado por eventuais restrições. Caso as limitações atinjam esse núcleo, haverá descaracterização do Direito Fundamental. Ademais, essa teoria exige que as restrições impostas tenham clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade.

Para parte da doutrina (por todos, Vieira de Andrade), o núcleo essencial último de todos os Direitos Fundamentais sempre será a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF/88). Entende-se a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento primordial de nosso ordenamento, um princípio geral do direito e um limite absoluto ao legislador ordinário.

No entanto, para além da proteção dada pela Dignidade da pessoa Humana, cada Direito Fundamental tem seu próprio núcleo duro, limitador da possibilidade do legislador restringir esse direito. Existem duas teorias básicas sobre o núcleo essencial de cada um dos Direitos Fundamentais:

- a) Teoria absoluta: núcleo intangível é determinado abstratamente, por meio da interpretação.
- b) Teoria relativa: núcleo essencial de cada direito fundamental é variável conforme o caso, sendo alcançado por meio da ponderação dos direitos.

No Brasil, não há disposição constitucional expressa que traga o princípio da proteção ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. No entanto, a CF/88 fixa os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), impedindo até mesmo um Projeto de Emenda Constitucional tendente a abolir um Direito Fundamental.



CONSTITUCIONAL – QUESTÃO 1
CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

Logo, se nem o poder de reforma pode tocar o núcleo essencial de um Direito Fundamental, quanto mais o Poder Legislativo comum. O STF já se pronunciou sobre o tema, afirmando que o legislador ordinário deve preservar o núcleo essencial do Direito Fundamental, balizando sua atuação de forma a não violar a razoabilidade e a proporcionalidade.