

# A PROIBIÇÃO DO EXCESSO E A PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO GARANTIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS: LIMITES AOS LIMITES<sup>†</sup>

Laudivon de Oliveira Nogueira

Sumário: Introdução: Limites aos Limites? Capítulo 1 – Concepção e evolução dos direitos fundamentais. Capítulo 2 – Do conteúdo protegido dos direitos fundamentais. 2.1. Do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. 2.2. Delimitação interpretativa do conteúdo juridicamente protegido. Capítulo 3 – Intervenções legítimas ao conteúdo protegido dos direitos fundamentais. 3.1. Os direitos fundamentais são inalienáveis e restringíveis. 3.2. A restringibilidade segundo a formulação teórica dos limites aos direitos fundamentais. 3.2.1. Teoria externa – do “pensamento de intervenção e limites”. 3.2.2. Teoria interna – dos “limites imanentes”. 3.2.3. Teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios – concepção radicalmente ampliativa. 3.3. A teoria externa como mais adequada para determinar o conteúdo protegido dos direitos fundamentais. 3.4. Compreensão de restrições ao âmbito de proteção enquanto intervenções legítimas a direitos fundamentais. 3.5. A conformação do direito fundamental não constitui restrição ao conteúdo juridicamente protegido. Capítulo 4 – A restringibilidade dos direitos fundamentais encontra limites nas exigências do Estado de Direito. 4.1. Dos limites impostos à restrição dos direitos fundamentais: limites aos limites. 4.2. A proteção do

---

<sup>†</sup> Relatório apresentado na disciplina de Direito Constitucional no âmbito do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito, da Universidade Clássica de Lisboa, no Ano Letivo 2012/2013, sob regência do Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca.

núcleo essencial dos direitos fundamentais enquanto limite às restrições. 4.3. A proporcionalidade e a razoabilidade enquanto limite às restrições. Capítulo 5 – A compreensão do núcleo essencial enquanto limite aos limites na experiência constitucional brasileira. Conclusão. Referências Bibliográficas

## INTRODUÇÃO: LIMITES AOS LIMITES?



a dogmática constitucional contemporânea de matriz germânica tem sido amplamente admitido que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção, que *prima facie* está sujeito a intervenções fundadas em norma constitucional.

Evidentemente se trata de uma concepção de direitos limitáveis, fundada numa formulação da teoria externa dos limites que distingue o âmbito de proteção e as restrições (limites) como categorias autônomas na estrutura dos direitos fundamentais.

Isso revela, por conseguinte, um caráter limitável dos direitos fundamentais, apesar de sua inerente indisponibilidade enquanto direitos que se firmam no valor da dignidade da pessoa humana.

E nessa seara, todo cuidado é pouco quando se trata de syndicar a limitação de direitos fundamentais. Por isso é que, a par da existência das categorias dogmáticas do “âmbito de proteção” e dos “limites” (ou restrições) dos direitos fundamentais, destaca-se ainda a aplicabilidade de certo “limite aos limites”, como salvaguarda contra restrições desproporcionais ou desarrazoadas do legislador ao conteúdo jusfundamentalmente protegido.

E embora presente uma terminologia nem sempre uniforme na doutrina, o esquema dogmático “âmbito de proteção”, “limites” e “limites aos limites” acabou por ser albergado, para além do Direito constitucional alemão, em outras ordens cons-

titucionais, incluindo-se a brasileira.

É certo, porém, que há modelos teóricos a considerar que os direitos já “nascem” com seus limites imanentes, ou, ainda, que tudo o que mantiver alguma relação com o direito fundamental está *prima facie* protegido jufundamentalmente.

O propósito deste trabalho, portanto, cinge-se a analisar os direitos fundamentais sob a perspectiva de seus limites e possibilidades de limitações, os mecanismos de controle de indevida nulificação dos direitos e conseqüente violação ao primado da dignidade da pessoa humana.

Com esse escopo, este estudo foi dividido em cinco capítulos. No primeiro, é apresentada breve exposição do conceito e evolução dos direitos fundamentais, enquanto direitos universais e inalienáveis do indivíduo. No segundo, aborda-se sobre o âmbito de proteção enquanto conteúdo protegido dos direitos fundamentais e como se determinam as suas fronteiras. No terceiro, desenvolve-se acerca dos “limites”, enquanto possibilidade de intervenções ao conteúdo juridicamente protegido, com análise comparativa dos modelos construídos pela teoria externa, teoria interna e teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios. No quarto, discorre-se sobre “o limite aos limites”, particularizando-se o princípio da proteção do núcleo essencial e princípio da proibição do excesso como limites e métodos de controle à restrição dos direitos fundamentais. Finalmente, no quinto e último capítulo, expõe-se breve análise da experiência constitucional brasileira relativamente ao tema, com destaque ao enquadramento teórico adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, uma observação importante para maior compreensão da terminologia referida neste estudo. Nos termos que seguirão, adotar-se-á para toda e qualquer ingerência lícita ou ilícita ao conteúdo protegido do direito fundamental a expressão “intervenção”. Particularmente para as ingerências lícitas, nominar-se-á “restrição” e para as ilícitas “violação”.

## CAPÍTULO 1 – CONCEPÇÃO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Perquirir o que representam os direitos fundamentais na atualidade é uma tarefa que não demanda grande dificuldade. Produto do processo de constitucionalização dos denominados direitos “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo, os direitos fundamentais, como destaca Sarlet<sup>1</sup>, são hoje uma construção jurídica definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade.

São assim, direitos universais, conferidos a todas as pessoas, e que se traduzem em posições jurídicas ativas<sup>2</sup> de vantagem destas frente ao Estado e demais concidadãos. E enquanto posições de vantagem juridicamente tuteladas, orientados à proteção de um bem jurídico, os direitos fundamentais encontram no valor da dignidade da pessoa humana todo o fundamento de inspiração normativa e desejo de concretização por meio da constituição.

Por esta forma, Pieroth e Schilink<sup>3</sup> vêm dizer que os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado ou outorgados pelo Estado.

Dáí por que o termo “direito fundamental” reporta a direito reconhecido e positivado no âmbito do direito constitucional positivo. Tal positivação é estratégica e necessária para que os direitos do homem não sejam reduzidos a meras esperanças, aspirações ou ideias, como bem acentua Canotilho<sup>4</sup>. E a

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. In Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I, nº 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia.

<sup>2</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 9.

<sup>3</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 43.

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Consti-*

garantia para que tais direitos sejam levados a sério encontramo-la na constituição. Por isso, Villalon<sup>5</sup> assevera que os direitos fundamentais existem enquanto se encontrarem reconhecidos nas constituições, de modo que não existindo constituição não haverá direitos fundamentais.

De fato, nem poderia ser diferente. Não haveria mesmo como assegurar os tais direitos “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo frente ao próprio Estado se não estivessem no cimo das fontes do direito - a constituição -, porquanto não haveria espaço para eficaz defesa das posições jurídicas, tais como o direito a algo, liberdades ou competências.

Significa dizer, por essa quadra, que a constitucionalização dos direitos subjetivos do indivíduo resulta como aspecto mais relevante a proteção dos direitos fundamentais por meio de um controle jurisdicional da constitucionalidade das normas que regulam tais direitos.

Os direitos fundamentais são, por conseguinte, posições jurídicas firmadas e protegidas sob o crivo do direito constitucional interno dos Estados, que foram expressa ou implicitamente incorporadas à Constituição e excluídas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos<sup>6</sup>.

A categorização desses direitos como fundamentais revela, por outro lado, uma especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material, como aponta Canotilho<sup>7</sup>. A fundamentalidade em sentido formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e é exter-

---

tução. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 377.

<sup>5</sup> VILLALÓN, Pedro Cruz. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Revista española de derecho constitucional. ISSN: 0211-5743. 1989, Año nº 9, Número 25. P. 35-62. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. <http://www.cepc.es/>

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.269.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 378.

nada por um regime jurídico qualificado, firmado a partir da própria constituição. Assim, pelo fato de integrar o texto constitucional, os direitos fundamentais são também dotados de supremacia hierárquica e se encontram submetidos aos limites formais e materiais de reforma constitucional; e as normas que lhes dizem respeito são diretamente aplicáveis e vinculantes de forma imediata aos entes públicos.<sup>8</sup> Já a fundamentalidade material, por seu turno, refere o próprio conteúdo dos direitos.

Importa assim notar que a positivação constitucional dos direitos inerentes e imprescindíveis ao respeito e consideração à dignidade da pessoa humana é requisito essencial para a existência enquanto “direitos fundamentais”, sob pena de não passarem de meras “declarações de direitos”<sup>9</sup>, sedimentadas em *soft law*.

Por essa perspectiva, percebe-se que é preciso que se deixem patentes os limites entre governante e governado, sob pena de verem-se embaraçadas as ações, afetadas características e situações e aniquiladas as posições jurídicas da parte mais fraca (o indivíduo) por aquele que detém o poder político (o Estado). Por essa razão é que Miranda sustenta que os direitos fundamentais somente existem quando há distinção entre a autoridade e a liberdade, o Estado e a pessoa. É completa, afirmando que “os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades”.<sup>10</sup>

A história dos direitos das pessoas revela que essa relação nem sempre esteve clara, o que deu ensejo à mais completa desconsideração de aspectos inerentes à dignidade da pessoa

---

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.267..

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p. 378.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 16-17.

humana, sobretudo relacionados à igualdade e à liberdade, em suas mais diversas formas.

Por uma perspectiva de evolução de crenças, filosofias e ideologias, Miranda<sup>11</sup> assenta que a compreensão e a extensão dos direitos das pessoas são divisadas por quatro grandes diferenciações relacionadas aos sucessivos períodos de formação.

Na primeira, a distinção pode ser tomada entre a “liberdade dos antigos” e “liberdade dos modernos”, como o modo de considerar a pessoa na antiguidade e a partir do Cristianismo. Para os antigos, o sentido da liberdade diz respeito sobre a participação na vida da Cidade. É livre quem participa dos privilégios da Cidade<sup>12</sup>. Para os modernos, a liberdade é expressão de realização da vida pessoal.

Na segunda, distinguem-se quanto à tutela dos “direitos estamentais” e à tutela dos “direitos universais”. Na tutela dos “direitos estamentais”, conferida no período da Idade Média e do Estado estamental, denotam-se direitos de corporações, de ordens e categorias que, em verdade, promovem privilégios, imunidades e regalias em detrimento dos que não integram tais estamentos. Quanto à tutela dos “direitos universais”, típica do Estado moderno e particularmente do Estado constitucional, os direitos são comuns, universais, vinculados ao direito do homem e do cidadão.

Na terceira diferenciação, divisam-se os “direitos, liberdade e garantias” no Estado liberal e os “direitos, liberdade e garantias” e “direitos econômicos, sociais e culturais” concretizados no Estado social.

Quanto à quarta e última distinção, o contraponto se dá entre a proteção interna, assegurada exclusivamente pelo Estado, e a proteção internacional dos direitos das pessoas, garanti-

---

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 18.

<sup>12</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Tradução do grego por Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985, 1.278a e 1278b.

dos por órgãos internacionais.

Desse escorço, como observa Miranda<sup>13</sup>, apenas a terceira e quarta fases dizem respeito sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais.

## CAPÍTULO 2 – DO CONTEÚDO PROTEGIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1. DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aferir se determinado bem, objeto ou conduta está ou não protegido por um direito fundamental é indubitavelmente o ponto central da dogmática relativa às normas de direitos fundamentais.

Enquanto posições jurídicas ativas das pessoas com assento na Constituição, os direitos fundamentais aplicam-se a diferentes domínios da vida e tutelam especificamente os bens jurídicos descritos no suporte fático considerado pela norma jurídica constitucional.

Isso significa dizer que a proteção constitucional há de incidir exclusivamente sobre determinada parte da realidade da vida, que se denomina de “âmbito de proteção” (*Schutzbereich*), “domínio normativo” (*Normbereich*), ou “pressupostos de fato dos direitos fundamentais” (*Grundrechtstatbestände*).<sup>14</sup> O âmbito de proteção dos direitos fundamentais consiste, assim, no domínio da vida protegido, naquele que a “norma jurídico-fundamental recorta da realidade da vida” como bem jurídico protegido<sup>15</sup>, *verbi gratia*, a vida, a religião, o domicílio, a

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 19.

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p.1262.

<sup>15</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012



propriedade etc.

Todavia, para que se possa saber quais as situações, posições ou comportamentos se encontram protegidos pelo direito fundamental, é necessário primeiramente conhecer as fronteiras do direito em causa, dos limites considerados como seu conteúdo, distinguindo-se o que é “âmbito de vida não protegido” do que se encontra albergado no “âmbito de proteção” do direito fundamental.

Cabe salientar que esse âmbito de proteção não se confunde com o âmbito de regulação. O âmbito de regulação corresponde ao domínio da vida considerado pelo direito fundamental, mas sem os “recortes” delimitadores do conteúdo protegido. A norma pode tomar ou não como suporte fático essa realidade como um todo ou apenas em parte. O âmbito da vida é a dimensão passível de regulação pela norma, sendo, pois, o âmbito de regulação.

A delimitação do que é protegido no domínio da vida é, portanto, o âmbito de proteção do bem albergado pelo direito fundamental. Para maior clareza, tome-se à guisa de exemplo o direito fundamental de reunião consagrado no art. 5º, XVI, da Constituição brasileira de 1988<sup>16</sup>; no art. 45º-1, da Constituição portuguesa de 1976<sup>17</sup>; e no art. 8-1 da Lei Fundamental alemã de 1949<sup>18</sup>. Todos os dispositivos citados reportam-se ao domínio da vida relativo a reuniões (âmbito de regulação), mas seu

---

(Série IDP), e-book., parágrafo 214.

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 23 set. 2013.

<sup>17</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.igfse.pt/upload/docs/2013/constpt2005.pdf>>. Acesso em 23 set. 2013.

<sup>18</sup> ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 19 out. 2013.

âmbito de proteção é restrito<sup>19</sup> às reuniões realizadas pacificamente e sem armas.

Assim, a partir da revelação<sup>20</sup> dos contornos jurídicos do conteúdo do direito fundamental, referido por esta norma (âmbito de regulação) sobre determinado domínio da vida (âmbito potencial de proteção), chega-se ao respectivo “âmbito de proteção” ou “âmbito normativo”<sup>21</sup> do direito fundamental.

Por outras palavras, resulta dizer que a proteção dos direitos fundamentais se aplica nos estritos limites do seu âmbito de proteção.

Noutro giro, a proteção conferida pelo direito fundamental ao indivíduo, no seu âmbito de proteção, produz efeitos, que se manifestam na forma de direitos subjetivos (direitos de defesa ou direitos de proteção); de garantias institucionais (proteção de institutos ou de instituições), assegurando liberdades, prestações, participação, procedimentos etc.

Mercê disso, forçoso dizer que o conceito de âmbito de proteção não equivale ao conceito de garantia dos direitos fundamentais. O conceito de âmbito de proteção de um direito fundamental, conforme exposto anteriormente, corresponde à realidade da vida como objeto de proteção. Já a “garantia” dos direitos fundamentais, de sua vez, diz respeito sobre os “efeitos de proteção juridicamente conformados dos direitos fundamentais”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Há controvérsia na doutrina sobre se a cláusula referente ao direito de “reunir-se pacificamente, sem armas” poderia ser considerada simples elementos do tipo (*Tatbestand*) ou uma restrição imediata, conforme observa MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 4ª ed. ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.43.

<sup>20</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p.304.

<sup>21</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 214.

<sup>22</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 219.

## 2.2. DELIMITAÇÃO INTERPRETATIVA DO CONTEÚDO JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Conquanto não resulte dúvida de que é objeto de proteção dos direitos fundamentais tudo o que se encontra delimitado no seu suporte fático, determinar com exatidão que um bem, objeto ou conduta se encontram compreendidos nesse mesmo âmbito de proteção não é uma tarefa simples.

Isso decorre, como explica Novais<sup>23</sup>, do fato de se deparar, quase sempre, com uma relativa indeterminação semântica do preceito constitucional, o que é peculiar às normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, ou melhor, do seu âmbito de proteção, reconduz ao procedimento pelo qual são revelados os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção.<sup>24</sup> Por outras palavras, primeiro se determinam os bens em jogo, para em seguida se aferir a amplitude da proteção jusfundamental.

Conhecer a linha fronteira de um direito fundamental, entretanto, não é nenhum capricho teórico. Somente se pode dizer que determinada restrição ou intervenção é legítima ou ilegítima a um direito fundamental quando justamente são conhecidos os limites definitivos traçados pela respectiva norma de direito fundamental.

Uma vez determinadas as diferentes situações, posições ou comportamentos jusfundamentalmente protegidos, hão de incidir nesse domínio protegido, ou âmbito de proteção, as restrições baseadas numa reserva legal autorizada pela Constituição ou firmada na colisão de bens contrapostos, igualmente protegidos por norma de direito fundamental.

---

<sup>23</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 97.

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p.1275.

E distinguindo tais limites é que se alcança o “âmbito de proteção efetivo” da norma de direito fundamental.

Ora, se a fundamentalidade do direito se prende à necessidade de estar erigida a norma constitucional e a controles mais densificados de constitucionalidade, o passo metódico primário, conseqüentemente, é a determinação do bem objeto de proteção e dos seus exatos contornos. Só pode ser submetido a controle de constitucionalidade aquilo que ingressa no espectro protegido do direito fundamental. O que neste âmbito não afete, necessariamente não possui relevância.

Assim pontuado, o que está em causa, portanto, é saber como se determina essa linha fronteira a delimitar o que é protegido do que não é, distinguindo o “âmbito da vida não protegido” do “âmbito de proteção” do direito fundamental e este do “âmbito de proteção efetivo”.

A respeito do tema, Mendes<sup>25</sup> preleciona que a determinação do âmbito de proteção não pode ser fixada em regras gerais, pois exige para cada direito fundamental um determinado procedimento. A par disso, aduz que a definição do âmbito de proteção requer a análise da norma constitucional garantidora de direitos a partir da identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção; e a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição e a identificação das reservas legais de índole restritiva.

Nesse sentido, a considerar que não se interpretam apenas os enunciados normativos, senão também os fatos aos quais eles referem, a determinação do conteúdo protegido dos direitos fundamentais, por consequência, depende de cuidadoso trabalho hermenêutico.

### CAPÍTULO 3 – INTERVENÇÕES LEGÍTIMAS AO CON-

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

## TEÚDO PROTEGIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 3.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO INALIENÁVEIS E RESTRINGÍVEIS

Sustenta-se na doutrina<sup>26</sup> que os direitos fundamentais são inalienáveis. Isto significa a inadmissibilidade, à luz da ordem jurídico-constitucional, de qualquer ato de disponibilidade do indivíduo, visando a nulificar o próprio direito.

O fundamento da inalienabilidade, para os defensores desta tese, decorre do valor da dignidade humana, que se traduz na potencialidade do indivíduo enquanto ser autoconsciente e livre, que não pode deixar de ser pessoa nem deixar de ser livre, nem muito menos privar-se de sua dignidade.

Nesse sentido, são inalienáveis tanto o direito à vida ou à integridade física do indivíduo, que delas não pode dispor, quanto o direito às liberdades pessoais, as quais não pode renunciar, tais como a liberdade de expressão, direito de reunião, destacando-se estes só para ficar de exemplo.

Importa assinalar, entretanto, que, apesar desse caráter indisponível, os direitos fundamentais podem ser restringidos. A restringibilidade, no caso, não se liga à indisponibilidade, dado que esta se traduz numa dimensão mais endógena do direito, do direito em si considerado, que não pode ser disponibilizado pelo indivíduo, ao passo que aquela, exógena, equivale à intervenção no conteúdo protegido do direito fundamental visando à prossecução de bens e valores igualmente dignos de proteção pela ordem jurídico-constitucional.

### 3.2. A RESTRINGIBILIDADE SEGUNDO A FORMULAÇÃO TEÓRICA DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDA-

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook. Item “5.3”, p. 186.

## MENTAIS

É assente no direito constitucional contemporâneo que nenhum direito fundamental é absoluto ou ilimitado<sup>27</sup>. Tal compreensão, contudo, não tem redundado dificuldades teóricas, dado que nenhuma ordem jurídico-constitucional pode proteger de modo ilimitado os direitos fundamentais<sup>28</sup>.

Dai sucede dizer que os direitos fundamentais possuem uma fronteira, um marco divisor, para além do qual não pode ser invocada qualquer proteção aos bens sobre que se funda a norma jusfundamental.

Em determinar, porém, onde ficam tais marcos é que reside o grande problema do controle de constitucionalidade em face de intervenções estatais que venham afetar desvantajosamente o bem de proteção do direito fundamental.

Como se vê, a solução do problema posto passa necessariamente pela adoção de um modelo teórico que a delinieie adequadamente ao conteúdo jusfundamentalmente protegido.

E nessa seara, a depender da formulação teórica adotada, a compreensão da maior ou menor amplitude do “âmbito de proteção” dos direitos fundamentais, ou seja, da “delimitação das fronteiras protegidas” e consequente determinação do conteúdo efetivamente protegido, pode variar significativamente, inclusive quanto à sistemática de controle de constitucionalidade de eventuais ingerências aos direitos fundamentais em causa.

Por isso, convém realizar para o propósito deste estudo, ainda que perfunctoriamente, a descrição de algumas das teorias de maior relevo acerca dos limites aos direitos fundamentais.

Assim delineado, destacar-se-á a seguir o pensamento

---

<sup>27</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006, p.283.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.328.

das denominadas “teoria externa”, “teoria interna” e “teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios”.

### 3.2.1. TEORIA EXTERNA – DO “PENSAMENTO DE INTERVENÇÃO E LIMITES”

O então denominado “pensamento de intervenção e limites” ou “teoria externa dos limites dos direitos fundamentais” constitui um modelo que estabelece clara distinção entre o direito fundamental, em si considerado, e eventuais restrições incidentes sobre esse mesmo direito.

Por esse modelo, o direito e a restrição são duas categorias distintas e desprovidas de uma relação necessária entre elas. Daí, Mendes<sup>29</sup> explana que, à luz da teoria externa, existe um direito não limitado, a princípio, que após a imposição de restrições vem converter-se em um direito limitado.

Há nessa construção teórica, portanto, a não identidade ente o âmbito de proteção do direito fundamental e o seu âmbito de proteção efetivo. Assim, o “âmbito de proteção”, o domínio da vida jusfundamentalmente protegido ou conteúdo do direito é ainda passível de legítimas ingerências, desde que observados para esse fim os requisitos formais e materiais previstos na Constituição. Na outra ponta, no que se refere ao “âmbito de proteção efetivo”, o que se apresenta é o núcleo de um direito já delimitado e, por isso mesmo, não mais sujeito a quaisquer restrições ou intervenções. Ao passo que no âmbito de proteção do direito fundamental é possível a restrição do direito quando autorizada por uma reserva de lei ou pela aplicação do princípio da proporcionalidade; no âmbito de proteção efetivo nenhuma interferência é admitida.

Sob a lente desse modelo, ao firmar os direitos funda-

---

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.40.

mentais, a Constituição vem delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental, mas deixa à disposição dos poderes constituídos uma margem de atuação para que possam intervir sobre ele, mediante as denominadas cláusulas de reserva, tendo por escopo viabilizar a coexistência de direitos e concretizar a harmônica convivência de seus titulares no domínio da vida real.

Para além dessa distinção entre o âmbito de proteção e o âmbito de proteção efetivo do direito fundamental, o modelo assenta ainda uma nítida separação entre conteúdo e limites do direito fundamental. Trata-se da possibilidade de se realizar uma distinção do conteúdo do direito fundamental e as restrições que sobre esse mesmo conteúdo podem incidir. Por essa forma, o conteúdo do direito é primeiramente delimitado a partir da interpretação de seu enunciado normativo constitucional, a revelar as suas fronteiras originárias tais como firmadas na Constituição, para em seguida submeter-se a eventuais intervenções dos poderes constituídos, firmando assim novos e restritos limites ao direito fundamental originariamente traçado pela norma de direito fundamental.

À vista disso, esse modelo estriba-se na concepção de que existe uma diferenciação entre posição *prima facie* e posição definitiva do direito fundamental<sup>30</sup>. A posição *prima facie* corresponderia ao direito que teve revelados os seus limites originários, mas ainda sem as intervenções ou restrições ao seu conteúdo. A posição definitiva equivaleria ao direito que teve o seu conteúdo restringido, ou seja, já delimitado definitivamente.

Assim pontuado, ao fundar-se este modelo num dualismo conceptual que estabelece uma distinção entre o direito fundamental e os seus limites, resulta patente que após conhe-

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.329.



cido o conteúdo de direito fundamental mediante a revelação dos seus contornos jurídicos (o âmbito de proteção), denotadores de um direito *prima facie*, é ainda possível a fixação de novos e restritos contornos (limites), a resultar num direito definitivo (âmbito de proteção efetivo), consoante se tratem de direitos fundamentais com ou sem reservas, a justificar intervenções pelos poderes no bem protegido constitucionalmente.

Justamente por essa construção dual, na qual os limites e restrições são colocados externamente ao conteúdo do direito fundamental, é que decorre a denominação de teoria externa.<sup>31</sup>

### 3.2.2. TEORIA INTERNA – DOS “LIMITES IMANENTES”

Desenvolvida a partir de uma crítica sistemática à teoria externa dos limites, iniciada nos anos sessenta, tendo Härbele à sua frente, a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais vem dizer que um direito fundamental já “nasce” com o seu conteúdo determinado por imanes limites<sup>32</sup>.

Para essa concepção não há um direito e a restrição enquanto categorias autônomas, mas tão somente um direito fundamental com um conteúdo de antemão determinado.

Por esse modelo, por conseguinte, não há a distinção entre âmbito de proteção e âmbito de proteção efetivo. Este e seus limites passam a constituir um só corpo. O direito é, desde logo, imanentemente limitado na origem.

A ideia de restrição é aqui substituída pela de limite, como perspicazmente observa Mendes<sup>33</sup>, e já não fala em restrição legítima ao direito fundamental.

---

<sup>31</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p.301.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.328.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade – estudos de direito constitucional*, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.40.

Por essa quadra, qualquer ingerência ao conteúdo, à priori protegido em definitivo, constitui violação do direito fundamental. E tudo o que se encontra no exterior das fronteiras não é submetido a nenhuma proteção jusfundamental.

Assim, como salienta Novais<sup>34</sup>, só passam a ter relevância constitucional os interesses de liberdade do indivíduo que se mantenham dentro dos limites imanentes essenciais dos direitos fundamentais, inerentes a sua função social e natureza institucional.

Na lógica da teoria interna, todos os limites são imanentes, quer se tratem dos fixados sob a dimensão de validade do direito fundamental pela Constituição, quer dos infraconstitucionalmente revelados, concretizados ou declarados.

Dessa forma, a intervenção dos poderes constituídos será legítima quando revelar os limites imanentes dos direitos fundamentais, ou será ilegítima quando restringir o respectivo conteúdo garantido.

Sendo assim, os limites imanentes, que se traduzem em fronteiras implícitas do direito, não se confundem com as restrições consideradas pela teoria externa como desvantagens impostas externamente, dado que o limite do direito é inerente a ele mesmo, imanente, pois.

### 3.2.3. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO PRINCÍPIOS – CONCEPÇÃO RADICALMENTE AMPLIATIVA

Modelo teórico desenvolvido por Alexy, na década de oitenta, a partir das ideias de Dworkin sobre as distinções entre regras e princípios, a “teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios” apresenta uma concepção de que tudo o que possa ter alguma relação com o direito fundamental está, *prima*

---

<sup>34</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p.314.

*facie*, protegido jusfundamentalmente, de modo que todas as eventuais intervenções normativas no âmbito dos direitos fundamentais constituem potenciais restrições.

De acordo com a lógica dessa teoria, não se faz necessário interpretar a norma constitucional a fim de delimitar o âmbito de proteção, pois tudo *prima facie* já integra o conteúdo protegido. É na ponderação entre bens em colisão, entretanto, que tudo há de se resolver, mediante a cedência de um dos bens em jogo segundo a linha do programa normativo que levou à consagração do respectivo direito no texto constitucional.

Por essa razão é que Alexy<sup>35</sup> vem assinalar que tal teoria ampla do suporte fático conduz a um modelo em dois âmbitos. O primeiro âmbito é o dos casos potenciais; o segundo, o dos casos reais.

Na linha dessa concepção, portanto, não há lugar para delimitações do âmbito protegido do direito fundamental sem que, necessariamente, se incorra numa restrição.

Daí que os limites ou as restrições nem são limites definidos externamente ao conteúdo do direito fundamental (teoria externa), nem são as concretizações de limites imanentes (teoria interna). A delimitação de cada direito fundamental decorre, em verdade, da própria natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios, que podem ceder em face de outros bens igualmente protegidos que demonstrem maior peso no caso concreto, convertendo-se de um direito *prima facie* em um não-direito definitivo.

### 3.3. A TEORIA EXTERNA COMO MAIS ADEQUADA PARA DETERMINAR O CONTEÚDO PROTEGIDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Escudado no que foi exposto, percebe-se que a aplica-

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.328.

ção de uma das teorias dos limites referidas depende do que se entende por direitos fundamentais. Ao considerá-los como posições jurídicas definitivas, ou seja, enquanto regras, será então aplicável uma concepção restritiva que se traduz na teoria interna. De outro modo, ao serem considerados como posições jurídicas *prima facie*, ou seja, enquanto princípios, segue-se por adotar a teoria externa<sup>36</sup> ou a teoria radicalmente ampliativa de Alexy, a dos direitos fundamentais enquanto princípios.

Ao pressupor a existência de apenas um objeto considerado, o direito fundamental com os seus limites imanentes, a teoria interna vem revelar-se, por consequência, permeável à inclusão de aspectos respeitantes a outros bens também dignos de proteção, contudo no mesmo âmbito de proteção daquele direito, circunstância que pode dar ensejo a embaraço de ações, afetações de características e situações e até eliminação de posições jurídicas em diametral oposição ao programa normativo constitucional.

Daí porque sempre pode ser apresentado um suposto limite imanente do direito fundamental, sob uma alegada generalidade e indeterminação do conceito (*verbi gratia*, ordem pública, interesse da comunidade, lei moral, leis gerais etc.), que se traduz, como assevera Novais, numa estratégia de ocultação do conflito dos bens em jogo, “na medida em que nega ou disfarça a existência de uma restrição cuja constitucionalidade, todavia, importaria controlar”.<sup>37</sup>

Em contraponto a esse aspecto é que se vê na teoria externa maior aptidão para a reconstrução argumentativa das coli-

---

<sup>36</sup> Embora se deva considerar que nem sempre as normas de direitos fundamentais correspondam a princípios, porquanto haverá casos em que as permissões, proibições ou prescrições se apresentem como regras, conforme observa Luis P.Pereira Coutinho. COUTINHO, Luis P.Pereira. *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao prof doutor Sévulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. p.557-574.

<sup>37</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 82.

sões de direitos fundamentais, por estabelecer este modelo teórico uma clara separação entre o conteúdo do direito fundamental e as intervenções nele operadas, e ainda uma distinção transparente entre as posições jurídicas *prima facie* (âmbito de proteção) e posições definitivas (âmbito de proteção efetivo).

Observe-se que a partir dessa consideração também é de se afastar a aplicação da teoria dos direitos fundamentais como princípios de Alexy, uma vez que, por considerar *prima facie* protegido tudo o que esteja associado ao direito fundamental, estar-se-á sempre diante de potencial negação ao valor de princípios e bens associados ao mesmo direito fundamental em causa. Por consistir num modelo que tudo considera incluído no âmbito potencial de proteção, até mesmo o ato de matar, de violar, de furtar<sup>38</sup> seria considerado direito fundamental, dado que inserido no domínio da liberdade geral de ação do indivíduo. Embora tal âmbito potencial esteja sujeito a posterior restrição por princípios colidentes, mesmo assim, não há como evitar a contradição entre os valores albergados e a posição inicial dessa concepção. Isto é assim porque não há nessa concepção a distinção entre a liberdade natural e a liberdade juridicamente permitida.

Nesse sentido, Novais<sup>39</sup>, a citar Dworkin, considera implausível tal construção teórica, porquanto contraria toda a lógica de proteção dos direitos fundamentais, que está sustentada na valoração positiva de princípios e bens que a esses mesmos direitos se associam, tais como a dignidade da pessoa humana, a autonomia, a liberdade, a vida.

Mercê disso é que se vislumbra na teoria externa uma concepção que vem oferecer maior vantagem na determinação e compreensão do conteúdo dos direitos fundamentais, quer por separar interesses divergentes relacionados ao direito e às

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.328.

<sup>39</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 101.

restrições sobre ele incidentes, quer por deixar patente que toda a restrição deve ser justificada por aquele que a evocar.

Com este modelo, por conseguinte, denota-se não só a possibilidade de se realizar a delimitação do conteúdo do direito fundamental sobre o qual incidirá eventual restrição, como ainda viabiliza a determinação dos diferentes tipos de restrições e as consequências juridicamente relevantes relativas ao respectivo regime aplicável.<sup>40</sup>

Outro aspecto que releva destacar é o que diz respeito sobre a controlabilidade de eventuais intervenções ilegítimas ao conteúdo protegido do direito fundamental. No caso da teoria interna, o controle de constitucionalidade vai se resumir exclusivamente à fase de delimitação do conteúdo protegido dos direitos fundamentais, haja vista que é considerado exercício de direito fundamental somente o que for inequivocamente definido como tal. Tudo o que constituir ingerência ao conteúdo protegido após essa delimitação é necessariamente violação ao direito, e tudo o que estiver fora do âmbito de proteção não constitui problema jurídico de direitos fundamentais, como destaca Novais.<sup>41</sup> Isto leva, como já visto, à ocultação de intervenções ilegítimas ao conteúdo protegido, a deixar de fora do controle de constitucionalidade. Por outro lado, conquanto a teoria dos direitos fundamentais enquanto princípios permita razoável controlabilidade das intervenções ilegítimas a partir da reconstrução da ponderação dos bens em jogo, este modelo, como já pontuado, estrutura-se numa compreensão que pode contrariar os valores sobre os quais se pauta a teoria dos direitos fundamentais. Assim, mais apto, portanto, para o escopo de controle de constitucionalidade das ingerências ao conteúdo protegido é, seguramente, o modelo estruturado pela teoria externa, na medida em que confere maior transparência ao que

---

<sup>40</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p.263.

<sup>41</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 102.

se considera o direito e o que é a restrição, e em face da qual é realizada a aferição da legitimidade. Daí porque Novais salienta o caráter garantístico da teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, dado que se autonomiza “enquanto modelo essencialmente orientado para um controle constitucionalmente adequado e efetivo das intervenções restritivas na liberdade”.<sup>42</sup>

#### 3.4. COMPREENSÃO DE RESTRIÇÕES AO ÂMBITO DE PROTEÇÃO ENQUANTO INTERVENÇÕES LEGÍTIMAS A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dado que se tenha firmado em que sentido se pode falar das ingerências ao conteúdo dos direitos fundamentais, enquanto “restrições”, porquanto inerente à teoria externa, e não meramente “limitações”, esta própria da teoria interna, é de se perscrutar no passo seguinte o que são essas tais restrições.

Para Pieroth-Schilink<sup>43</sup>, restrição vem ser qualquer atuação do Estado que recaia no âmbito de proteção de um direito fundamental, tornando total ou parcialmente impossível ao indivíduo realizar determinada conduta. Há, assim, restrição sempre que ao indivíduo for proibida uma conduta jusfundamentalmente protegida.

A restrição, por conseguinte, enquanto ação ou omissão dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), incide sobre o âmbito de proteção da norma de direito fundamental, dando origem a uma nova delimitação do conteúdo do direito fundamental, que se revela como o âmbito de proteção efetivo de uma nova norma de direito fundamental daí decorrente.

Desse modo, os direitos fundamentais podem ser res-

---

<sup>42</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003, p.298.

<sup>43</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 253.

tringidos tanto por “leis restritivas” quanto por “intervenções restritivas”, como observa Canotilho<sup>44</sup>. As leis restritivas consistem em atos legislativos, ao passo que as intervenções restritivas, atos jurídicos emanados dos poderes públicos incidentes sobre um direito, liberdade e garantia em concreto. Assim, a intervenção sobre o âmbito protegido do direito fundamental pode ocorrer de modo individual, mediante ato administrativo ou sentença judicial, ou de forma geral por uma lei ou regulamento jurídico.

Por outra perspectiva, importa notar que, enquanto direitos de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos ou limitados legitimamente por expressa disposição constitucional (restrição imediata), ou por norma legal promulgada com fundamento na Constituição (restrição mediata), ou, ainda, por força de colisão entre direitos fundamentais (restrições não expressamente previstas na Constituição)<sup>45</sup>.

No que se refere às restrições estabelecidas diretamente pela Constituição, importa salientar que são hipóteses restritivas previstas imediatamente no próprio texto constitucional. Implica observar, a propósito, que tais restrições não se equivalem nem se confundem com as balizas do conteúdo do direito fundamental. A esse respeito, com o fito de melhor esclarecer a questão, é de todo oportuno trazer à baila o direito fundamental de reunião previsto no artigo 5º, incisos XVI, da Constituição Federal brasileira de 1988. Como espelha o enunciado normativo do direito fundamental em questão, o âmbito de proteção é, em definitivo, restrito às reuniões realizadas pacificamente e sem armas. A hipótese aí destacada não retrata nenhuma restrição constitucional. Configura apenas um direito

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p.1264.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.331.



fundamental com um âmbito de proteção originariamente mais reduzido em sua amplitude. Não se ignora a existência de controvérsia doutrinária a respeito<sup>46</sup>. Contudo, não se há de considerar como restrição o que em verdade apenas expressa e revela *prima facie* os limites do exercício do direito fundamental.

Diversa, porém, é a hipótese em que se venha interferir no âmbito protegido de um direito fundamental por outra norma estatuída no texto normativo da própria Constituição. É o caso, por exemplo, das restrições expressamente autorizadas pela Constituição Federal de 1988 ao direito fundamental à inviolabilidade de correspondência nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio. Segundo consta no art. 5º, XII, da Carta Magna, é inviolável o sigilo da correspondência. Esse é o âmbito de proteção do direito fundamental. Entretanto, esse domínio protegido jusfundamentalmente no cenário brasileiro pode sofrer intervenção, com forte restrição ao seu exercício, quando decretado estado de defesa ou estado de sítio, na forma dos artigos 136, § 1º, I, “b”, e 139, III, da Constituição. O que se configura nesse domínio, portanto, é a redução do âmbito protegido aos novos limites firmados pela restrição.

Para além das restrições imediatas, há ainda as restrições mediatas, ou seja, aquelas que são realizadas mediante lei com fundamento na própria Constituição. Trata-se das assim designadas reservas legais previstas na Constituição, que autorizam o legislador ordinário a intervir no âmbito protegido dos direitos fundamentais.

A doutrina<sup>47</sup> de modo geral costuma classificar as reservas legais em dois grupos: as “reservas legais simples” e as

---

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p.1276.

<sup>47</sup> Conforme MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.47, e, ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.333.

“reservas legais qualificadas”. As reservas simples apresentam como traço típico a exigência de que eventual restrição seja prevista em lei, constituindo por essa forma uma competência mais alargada do legislador ordinário. No que tange às reservas legais qualificadas, a norma constitucional vem autorizar a restrição do direito fundamental nos mesmos moldes da restrição simples, desde que observados determinados pressupostos ou objetivos a serem alcançados. Assim, no caso do art. 5º, inciso LVIII, da Constituição, “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, constitui uma reserva legal simples, porquanto o texto constitucional autoriza o legislador a intervir no âmbito de proteção do direito fundamental sem estabelecer qualquer condição a ser observada à espécie. De outra parte, no caso do art. 5º, XII, da Constituição, no qual é firmado ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, percebe-se que há explícitos requisitos e orientação acerca do objetivo de eventual restrição ao direito fundamental, então representada pela exigência de que o seja “por ordem judicial” e “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Se bem que as restrições sejam ordinariamente expressas pela Constituição ou por ela autorizadas, é de se divisar ser também possível que as intervenções a direitos fundamentais ocorram sem que exista previsão constitucional expressa ou reserva legal para tanto. Tal possibilidade decorre da então denominada “reserva geral imanente de ponderação”, a que refere Novais<sup>48</sup> como o contraponto que garante o equilíbrio entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito, a

---

<sup>48</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 81.

conferir proporção e medida ao concomitante reconhecimento da indisponibilidade dos direitos fundamentais, enquanto trunfos contra a maioria, e da necessidade de se admitir a possibilidade de limitação desses mesmos direitos.

Trata-se, pois, do fundamento constitucional implícito que autoriza restrições quando ocorrentes colisões entre bens jurídicos protegidos por direitos fundamentais diversos. Assim, direitos fundamentais formalmente desprovidos de reservas podem vir a sofrer intervenções em seu âmbito de proteção quando isso se revelar indispensável para a proteção de outros direitos fundamentais.

Isto ocorre, como explica Novais, porque os direitos fundamentais têm natureza estrutural de princípios, o que significar dizer que, ao se apresentarem como norma *prima facie*, podem ter de ceder em face de outros bens e interesses que, no caso concreto, tenham maior peso, a restringir o direito fundamental, conduzindo-o assim a uma norma definitiva, contudo com um domínio de proteção mais limitado.

Como exemplo de tal situação, é de se destacar a situação relativa ao direito de liberdade de expressão, prevista no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, no qual, apesar de não sujeito a nenhuma reserva expressa, imediata ou mediata, recorrentemente vem colidir com outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, estatuído no art. 5º, inciso X, da mesma Carta e também desprovido de qualquer reserva.

Por essa linha de análise, são legítimas as intervenções aos direitos fundamentais realizadas pelo Estado quando se apoia em norma autorizativa presente na Constituição, de forma direta, ou indiretamente por meio de lei com fundamento nela, ou ainda como decorrente da reserva geral imanente de ponderação<sup>49</sup> dos bens em jogo.

---

<sup>49</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 81.

Deflui daí concluir que a intervenção num direito fundamental pode ser lícita ou ilícita. A intervenção é lícita quando firmada em fundamento constitucional, o que se traduz em restrição constitucionalmente autorizada às posições jurídicas *prima facie* previstas no conteúdo protegido pela norma de direito fundamental. Por outro lado, será sempre ilícita, a constituir violação a direito fundamental, as ingerências ao conteúdo protegido que não se possam fundar nas autorizações constitucionais de restrição por uma qualquer reserva. A violação, é por conseguinte, uma intervenção injustificável sob a ótica do direito constitucional.

### 3.5. A CONFORMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL NÃO CONSTITUI RESTRIÇÃO AO CONTEÚDO JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Embora possa, à vista do que se expôs até aqui, ficar subentendido que todas as normas editadas pelo legislador ordinário tenham carácter restritivo, releva observar que nem toda intervenção normativa legítima ao conteúdo protegido do direito fundamental pode ser considerada uma restrição.

A questão é que nem sempre é possível ao titular do direito fundamental exercê-lo tal como consagrado no texto constitucional, sem que antes seja complementado o preceito constitucional garantidor do respectivo direito.

Assim, diante da vagueza, abstracção ou incompletude do conteúdo protegido jusfundamentalmente é que muitas normas infraconstitucionais se propõem densificá-lo, fato que lhes confere o carácter de “normas legais conformadoras”, que em nada se confundem com as “normas legais restritivas”, estas as que restringem posições *prima facie* incluídas no domínio protegido dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997, p.1263.

Sob esse enfoque, a conformação do direito fundamental sempre deixará intacto o seu âmbito de proteção, sem restringi-lo de qualquer modo. Na espécie, prelecionam Pieroth-Schilink<sup>51</sup>, não há interesse estatal algum em impedir o exercício de uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção, mas, ao invés disso, viabilizar possibilidades de conduta para que o titular do direito possa exercê-lo plenamente.

Cabe aqui, no entanto, observar que a necessidade de intervenção conformadora do legislador ordinário não se verifica em todo e qualquer direito fundamental, mas tão somente naqueles que tenham o âmbito de proteção marcado pelo direito ou pelas normas. Isto significa dizer que a conformação é indispensável nos casos em que o titular do direito estará em condições de exercer o direito somente por meio da ordem jurídica e não mais pela sua só natureza social. Como exemplo do que se está aqui a dizer, considere-se o direito fundamental de propriedade em contraponto com os direitos de reunião e de liberdade e manifestação do pensamento. Ora, o exercício da liberdade de reunir e externar ideias e opiniões independe de qualquer atuação estatal. É ato natural que decorre da só ação do indivíduo. De outro giro, no caso do direito fundamental de propriedade, só a partir da mediação legislativa a regular a aquisição da propriedade a partir de quaisquer bens é que se torna possível o exercício do direito referido.

## CAPÍTULO 4 - A RESTRINGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENCONTRA LIMITES NAS EXIGÊNCIAS DO ESTADO DE DIREITO

### 4.1. DOS LIMITES IMPOSTOS À RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIMITES AOS LIMITES

---

<sup>51</sup> PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book., parágrafo 225.

Como demonstrado, em regra os direitos fundamentais são restringíveis. E tal intervenção, ou melhor, restrição, incide legitimamente sobre o conteúdo jusfundamentalmente protegido, desde que expressamente autorizada pela Constituição ou por circunstâncias concretas que justificam, à luz do programa normativo constitucional, a preponderância de outros valores e bens igualmente dignos de proteção.

Muito embora legítima, nos termos em que se funde sob as balizas do manto constitucional, a restrição a direito fundamental poderá, ainda assim, ser considerada inconstitucional se violar as exigências de Estado de Direito. É que somente são havidas por constitucionais as restrições que forem compatíveis formal e materialmente com a Constituição. Sob o crivo formal, há de se indagar acerca da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal responsável pela lei ou ato restritivos. Já no plano material, a questão é saber se a concretização da norma restritiva preserva o núcleo essencial do direito fundamental em causa<sup>52</sup> e se observa os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade. Em suma, resulta perquirir se foram atendidas as exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proibição do excesso, da segurança jurídica, princípios estes concretizadores do Estado de Direito<sup>53</sup>.

O caráter paradigmático dessas exigências, por conseguinte, conduz a um controle mais denso à restringibilidade dos direitos fundamentais, sendo, por essa perspectiva, garantes de eficácia desses direitos, razão por que se tem convencionalmente designá-las de “limites aos limites” dos direitos fundamentais.

Acerca do tema, calha notar que a Constituição Federal

---

<sup>52</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.102.

<sup>53</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 50.

de 1988, diversamente de outros países, tais como a Alemanha<sup>54</sup>, Portugal<sup>55</sup> e Espanha<sup>56</sup>, nada dispôs sobre a possibilidade de se restringir direitos fundamentais ou, muito menos, quanto à existência de limites a tais intervenções. Isso, no entanto, não se tem revelado empecilho à adoção de tal concepção, como têm demonstrado a doutrina e a prática jurisdicional<sup>57</sup>.

## 4.2. A PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES

A toda evidência, revela-se todo compreensível conceber o núcleo essencial do direito fundamental como um “limite aos limites”, um espaço já não sujeito a intervenções do legislador ordinário, como medida de salvaguarda do próprio direi-

---

<sup>54</sup> Consoante consta no artigo 19-1 e 2 da Lei Fundamental alemã de 1949, “na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente” e “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”. ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 19 out. 2013.

<sup>55</sup> Conforme consta no art. 18º-2 da Constituição portuguesa, “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.igfse.pt/upload/docs/2013/constpt2005.pdf>>. Acesso em 23 set. 2013.

<sup>56</sup> Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). ESPANHA. Constituição Espanhola. 31 de outubro de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Ebook. Item “3.2.1.”, p. 263-266.

to. E é assim porque é do propósito desse elemento impedir intervenções inconstitucionais do legislador ordinário, garantindo, em última instância, a eficácia do direito fundamental em causa, pelo que constitui uma barreira à eliminação de direitos por via de lei.

Mas, se por um lado não há dissenso acerca da “utilidade”, do caráter limitante dessa categoria dogmática, por outro, não tem sido unívoca a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência sobre como se dá a identificação desse espaço insuscetível de regulação. Com efeito, a depender da concepção, o mesmo núcleo essencial de determinado direito fundamental poderá apresentar diferentes extensões, sendo essa uma questão sensível em termos de limite às restrições, na medida em que só a partir da compreensão do que possa realmente significar é que será possível a adequada proteção a esse mínimo essencial de funcionalidade e eficácia o direito.

Na arena dessa discussão, dois modelos teóricos se propõem solucionar o problema. No primeiro, desenvolvido pela denominada “teoria absoluta”, o núcleo essencial dos direitos fundamentais vem consistir numa unidade substancial autônoma, de plano posta a salvo de qualquer atuação do legislador, livre, portanto, de intervenções do Estado. Por essa concepção, o conteúdo essencial tem uma dimensão material certa, determinável em abstrato, estruturalmente autônoma. Seria assim, nas palavras de Vieira de Andrade, o “coração do direito”, que não poderia ser restringido sob pena de o direito deixar de existir<sup>58</sup>.

A questão é que, tal como delineado, o modelo construído pela teoria absoluta continua sem uma resposta à indagação de como se pode determinar o mínimo essencial do conteúdo do direito fundamental, sem que se incorra numa fórmula va-

---

<sup>58</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006, p.283.



zia, como observa Mendes<sup>59</sup>, haja vista “a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de se demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial”. E falhando no mister de identificar o núcleo essencial do direito fundamental, esse modelo pode até mesmo, em vez de obstar, impor sacrifício ao bem que tenciona proteger.

Outro modelo que se propõe determinar o núcleo essencial é o desenvolvido pela chamada “teoria relativa”. Por essa teoria, o núcleo essencial do direito fundamental é determinado, em cada caso, por meio de processo de ponderação entre meios e fins, a partir da relação entre o sacrifício imposto ao bem protegido e o benefício perseguido pela norma restritiva. De acordo com essa concepção, o núcleo essencial seria então o patamar mínimo revelado por esse processo de ponderação.

Como tal considerada, essa construção teórica também revela certa fragilidade, assevera Mendes<sup>60</sup>, na medida em que confere exagerada flexibilidade ao regime dos direitos fundamentais, descaracterizando-os como elementos centrais do sistema constitucional.

Seguramente nem a teoria absoluta nem a relativa são capazes de balizar o limite absoluto do conteúdo essencial, sobre o qual qualquer intervenção estatal, mesmo autorizada na Constituição, constitui violação ao programa normativo constitucional, o que a torna inconstitucional.

Apesar disso, não se olvida que tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa conduzem a resultados semelhantes quando visam conferir maior proteção aos direitos fundamentais contra as intervenções estatais arbitrárias e desarrazoadas.

E sob esse enfoque, controverte-se também a doutrina

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.59.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.60.

sobre qual o sentido que se pode atribuir à proteção do núcleo essencial enquanto princípio. Para corrente firmada na então intitulada “teoria subjetiva”, o princípio da proteção do núcleo essencial se traduz na proteção do conteúdo essencial de cada direito subjetivo. É, assim, a proteção do conteúdo essencial sob a perspectiva do titular do direito fundamental. Por outra linha de pensamento, a da chamada “teoria objetiva”, a proteção destina-se a manter intocado o valor contido em cada um dos preceitos que preveem direitos. São, por outras palavras, a proteção da própria garantia constitucional de âmbito de vida de liberdade juridicamente ordenados e conformados, a subsistência dos próprios institutos jurídicos.

Em absoluto, a teoria subjetiva não se afigura melhor opção. Admitir que a proteção seja dirigida ao conteúdo essencial de cada direito subjetivo individual é também considerar que será ilegítima toda e qualquer restrição que de algum modo possa afetar o direito subjetivo. Tal concepção traz em si mesma um contrassenso. Não se duvida que algumas leis negam em absoluto determinado direito fundamental ao indivíduo, como é o caso de leis penais que preveem a supressão da liberdade de locomoção do condenado ou, ainda, de normas processuais penais que autorizam a escuta telefônica ou a busca domiciliar. Nas hipóteses elencadas, a lei inequivocamente afeta o direito subjetivo à liberdade de ir e vir, à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas e de domicílio, reduzindo-o ou suprimindo-o por completo.

Assim considerado, o princípio da proteção do núcleo essencial melhor se ajusta à concepção desenvolvida pela teoria objetiva, no sentido de que conteúdo essencial protegido não refere o direito subjetivo, mas o preceito constitucional enquanto norma de valor e garantia, como anota Vieira de Andrade<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006, p.307.

Sendo assim, tomando-se novamente como exemplo as hipóteses da lei penal restritiva da liberdade do condenado e da lei processual penal autorizativa de interceptação telefônica ou de busca domiciliar, percebe-se que, apesar da afetação da esfera subjetiva individual no caso concreto, não há objetivamente considerada nenhuma afetação no valor do preceito constitucional de liberdade de locomoção (de todos) e de inviolabilidade (também de todos) do sigilo das comunicações telefônicas ou do domicílio.

Conquanto esteja claro que a proteção do núcleo essencial se dirija ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, ainda resta pendente de resposta a indagação nuclear deste trabalho: como é, de fato, que se determina essa esfera mínima intangível ao legislador ordinário e sem a qual já não existe o direito fundamental?

Consoante evidenciado na breve descrição das teorias absoluta e relativa, em termos de compreensão do que representa o núcleo essencial ainda falta algo para que se possa precisar o limite absoluto desse conteúdo. Assim como num jogo de quebra-cabeça, no qual o sentido geral de uma figura depende de todas as suas peças, a definição do conteúdo mínimo protegido também exige uma que, no caso da teoria dos limites, é marcadamente a de maior valor para se conferir unidade material aos direitos fundamentais como um todo. Trata-se da dignidade da pessoa humana.

E é compreensível tomar esse valor como limite absoluto ao poder de restrição de direitos fundamentais. Ao instituir um parâmetro valorativo da pessoa enquanto pessoa humana, de sua humanidade comum, o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento de toda norma jusfundamental e preside o sistema de direitos fundamentais<sup>62</sup>. Como resume Vieira

---

<sup>62</sup> COUTINHO, Luis P.Pereira. *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao prof doutor Sévulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora. p.557-574.

de Andrade, a ideia do homem como ser digno e livre está na base dos direitos e constitui a essência dos direitos, liberdades e garantias.

Por essa quadra, o núcleo essencial do direito fundamental que serve de limite intransponível às restrições há de corresponder aos bens jusfundamentalmente materiais mínimos, considerados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4.3. A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE ENQUANTO LIMITE ÀS RESTRIÇÕES

Para além da garantia de proteção do núcleo essencial enquanto limite às restrições inconstitucionais aos direitos fundamentais, constituem o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade relevantes instrumentos de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção.

Nada obstante inerentes à própria noção de justiça que permeia o direito contemporâneo, a doutrina e a jurisprudência hodiernamente ainda controvertem bastante acerca do conteúdo jurídico e significado dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

De modo geral, o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face<sup>63</sup>, funcionando no plano da proibição do excesso enquanto controle das medidas restritivas dos direitos fundamentais, assim como no plano da proibição de insuficiência, a controlar a insuficiente implementação dos deveres estatais de proteção.

É, no entanto, no particular âmbito da proibição do excesso que a proporcionalidade se afigura um limite às restri-

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 397.

ções. E nesta tarefa, respeitante ao controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade subdivide-se em três subprincípios<sup>64</sup>: a) princípio da aptidão ou idoneidade, enquanto de viabilidade do fim visado com a restrição; b) princípio da necessidade ou da indispensabilidade, como orientação de que deve ser selecionado o meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que impõe o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados.

Muito embora não seja o propósito deste estudo aprofundar o debate acerca do princípio da proibição do excesso, de logo se impõe notar que é justamente na seara do terceiro nível de aplicação da proporcionalidade que se observa alguma identidade entre os princípios da proporcionalidade em sentido estrito e da razoabilidade. Não significa dizer, em absoluto, que referidos princípios se equivalham e não tenha aplicação autônoma. A distinção está no modo como é feita a leitura comparativa entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Enquanto o princípio da proporcionalidade em sentido estrito considera como antecedentes lógicos os princípios da aptidão e da necessidade, firmando uma conclusão acerca da proporcionalidade da medida restritiva na ponderação realizada na terceira fase, o princípio da razoabilidade prescinde do método trifásico referido. Eis por que Sarlet vem dizer que “se a proporcionalidade não for aplicada na sua integralidade, mediante consideração, ainda que sumária, de seus três subprincípios, não será a proporcionalidade que estará efetivamente em causa. A razoabilidade, por sua vez, não reclama tal procedimento trifásico e é assim que tem sido aplicada”.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 162.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl.

A diferença entre proporcionalidade e razoabilidade, por conseguinte, é que na primeira há uma relação de proporção entre sacrifício e benefício. Na razoabilidade, não há análise de benefício. A análise é tão somente quanto ao fato de não ser razoável o sacrifício individual. Sendo assim, uma questão pode ser excessiva por deixar a pessoa numa questão desarrazoável. É, em suma, uma análise sob o ponto de vista pessoal ou moral da pessoa submetida à medida restritiva.

## CAPÍTULO 5 – A COMPREENSÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL ENQUANTO LIMITE AOS LIMITES NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Conquanto a Constituição Federal brasileira de 1988 não tenha explicitamente disciplinado sobre a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, é irrefragável a sua admissão enquanto princípio constitucional implícito decorrente da expressa proibição de se editar proposta de emenda que tencione abolir os direitos e garantias fundamentais, constante no art. 60, § 4º, inc. IV, do texto constitucional. Se bem que direcionada ao legislador constituinte derivado, inevitável conceber que a norma constitucional referida também oriente o legislador ordinário, a restringir-lhe o exercício da liberdade de conformação da ordem jurídica constitucional.

De fato, negar a existência de um limite ao legislador em termos de intangibilidade do conteúdo essencial redundaria, ao fim e ao cabo, na fragilização e, conseqüentemente, aniquilação dos direitos fundamentais por meio de lei.

Por isso é que Mendes nota a existência implícita do princípio de proteção do núcleo essencial na ordem jurídico-constitucional brasileira, que seria decorrente do próprio modelo garantístico adotado pelo legislador constituinte<sup>66</sup>.

---

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.401.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*.

Embora nem sempre atendendo a uma metódica clara, a prática constitucional brasileira tem reconhecido no conteúdo essencial dos direitos fundamentais um limite aos limites da atuação do legislador ordinário.

No caso dos crimes hediondos<sup>67</sup>, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal analisou *incidenter tantum*, em julgamento realizado em 23 de fevereiro de 2006, a constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que fixava o regime integralmente fechado para os crimes denominados hediondos. No referido caso, a Corte constitucional entendeu que se tratava de restrição não autorizada ao direito fundamental à individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, sedimentando aí o controle do limite aos limites. Mas é no voto do ministro Gilmar Mendes que se denota expressamente ser o núcleo essencial o “limite do limite para o legislador”, uma barreira à nulificação do direito fundamental submetido à reserva legal por simples decisão legislativa.

Por outra perspectiva, conquanto a jurisprudência constitucional brasileira aceite a proteção do núcleo essencial como um limite às restrições, a análise quanto ao que pode ou não estar compreendido no âmbito protegido vez por outra conduz à aceitação como inserido no domínio protegido de algo que verdadeiramente não o é.

Isso tem sérias implicações em termos de controle da constitucionalidade. Na medida em que determinado bem é enquadrado como situado no âmbito de proteção de direito fundamental, também estará sob a proteção de intervenções ao

---

*dade* – estudos de direito constitucional, 4ª ed. Ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p.61.

<sup>67</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Habeas Corpus nº 82.959-7, São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão por maioria. Brasília, 23.2.2006, Brasília. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>.

Acesso em: 01.11..2013. p. 591.

seu conteúdo essencial. E assim considerado, até mesmo posições jurídicas repudiadas pela ordem jurídica e que se traduzam em conduta criminosa estarão *prima facie* protegidas.

No caso, por exemplo, da interceptação de cartas de presidiários pela administração penitenciária<sup>68</sup>, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado em 1º de março de 1994, considerou tal medida excepcional, enquadrando-a como restrição ao direito fundamental dos presos à inviolabilidade de correspondência previsto no art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988.

Sucedee que, a despeito de se obter o mesmo resultado dispositivo do julgado quanto à legitimidade da intervenção estatal, melhor seria de se considerar o envio de cartas com propósitos criminosos como não incluídos no âmbito de proteção do direito fundamental à inviolabilidade de correspondência. Ao tomar a medida como restrição ao âmbito jusfundamentalmente protegido, a Corte constitucional brasileira inevitavelmente teve de partir do pressuposto de que a remessa de correspondência com conteúdo criminoso constitua *prima facie* exercício de direito fundamental, concepção esta que constitui um contrassenso no caso concreto.

De fato, somente há de se tratar como restrição a direito fundamental as intervenções estatais que, de modo autorizado pela Constituição ou em face dela, importe na mitigação de bens e valores protegidos no programa normativo constitucional. Assim, se o bem invocado não se insere no âmbito protegido, de restrição não se trata.

A propósito da questão, no caso Siegfried Ellwanger<sup>69</sup>,

---

<sup>68</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Habeas Corpus nº 70.814, São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão por maioria. Brasília, 23.2.2006, Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 01.11..2013.

<sup>69</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Habeas Corpus nº 82.424, Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão por maioria dos votos. Brasília, 17.9.2003. Disponível em <



*habeas corpus* no qual os impetrantes sustentavam como exercício do direito fundamental à liberdade de expressão a publicação de livro com teor antissemita, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 17 de setembro de 2003, que o direito à livre expressão não pode abrigo em seu âmbito protegido manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.

Por esses e outros julgados, percebe-se que o desenvolvimento jurisprudencial da teoria dos limites no Supremo Tribunal Federal se encontra em franco amadurecimento, a revelar um pensamento progressivamente mais claro quanto à assimilação entre nós da ideia de limite aos limites, assim como ao esforço hermenêutico de identificação exata do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de seu conteúdo essencial mínimo e compreensão de suas restrições.

## CONCLUSÃO

Conforme verificado no decorrer deste estudo, constatou-se que:

- a) Os direitos fundamentais são todas as posições jurídicas subjetivas das pessoas com assento na Constituição, passíveis de restrições constitucionalmente autorizadas;
- b) A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, por tratar distintamente o domínio protegido e as restrições, se notabiliza como um modelo garantístico, orientado ao controle constitucionalmente mais adequado e efetivo das restrições às liberdades fundamentais.
- c) Em que pese nada dizer a respeito da proteção do núcleo essencial, a Constituição Federal brasileira de 1988 implicitamente adotou referido princípio

“limite aos limites”, o que tem sido firmado na prática constitucional.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012
- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução do grego por Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.102.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Edições Almedina, 1997.
- COUTINHO, Luis P.Pereira. *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais*. Estudos em homenagem ao prof doutor Sévulo Correia. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 4<sup>a</sup> ed. ver e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 7<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São

- Paulo: Saraiva, 2012. Ebook.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente previstas na Constituição*, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*, 1ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004
- PIEROTH, Bodo. SCHILINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradutores Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série IDP), e-book.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. In Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol. I, nº 1 – Abril de 2001, Salvador Bahia.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.269.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *Formación y evolución de los derechos fundamentales*. Revista española de derecho constitucional. ISSN: 0211-5743. 1989, Año nº 9, Número 25. P. 35-62. Centro de Estudios Políticos y Constitu-

- cionales. <http://www.cepc.es/>.
- ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. 23 de maio de 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em 19 out. 2013.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 23 set. 2013.
- ESPANHA. Constituição Espanhola. 31 de outubro de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.igfse.pt/upload/docs/2013/constpt2005.pdf>>. Acesso em 23 set. 2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Habeas Corpus nº 82.959-7, São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão por maioria. Brasília, 23.2.2006, Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 01.11..2013. p. 591.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Habeas Corpus nº 70.814, São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão por maioria. Brasília, 23.2.2006, Brasília. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 01.11..2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. Habeas Corpus nº 82.424, Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão por maioria dos votos. Brasília, 17.9.2003. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 01.11..2013.