

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/11/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32554-a-prote-o-dos-direitos-fundamentais-em-face-s-suas-restri-es>

Autore: Daniela Fernandes de Oliveira

A proteção dos direitos fundamentais em face às suas restrições

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE ÀS SUAS RESTRIÇÕES

Daniela Fernandes de Oliveira*

SUMÁRIO: Resumo – Resumen – Introdução – 1. O Estado Constitucional Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais - 2. Conceito e amplitude dos direitos fundamentais - 3. A possibilidade de restrição dos direitos fundamentais – 4. Limites às restrições de direitos fundamentais – 4.1. Proteção ao núcleo essencial – 4.2. Princípio da proporcionalidade – 4.3. Princípio da razoabilidade - Conclusão – Referências Bibliográficas.

Resumo: O estudo sobre os direitos fundamentais é sempre atual e importante em qualquer ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais visam a proteção da dignidade da pessoa humana em face do Estado e em face dos particulares. Os direitos fundamentais podem sofrer restrições, mas essas restrições devem obedecer a limites impostos constitucionalmente.

Palavras chaves: Direitos fundamentais. Restrições. Limites aos limites. Núcleo essencial. Razoabilidade. Proporcionalidade.

Resumen: El estudio de los derechos fundamentales está siempre presente y es importante en cualquier sistema jurídico. El objetivo de los derechos fundamentales es proteger la dignidad humana contra intervenciones del Estado e intervenciones de las personas privadas. Los derechos fundamentales pueden ser restringidos, pero las restricciones deben cumplir con los límites constitucionales.

Palabras claves: Derechos fundamentales. Restricciones. Los límites de los límites. Núcleo esencial. Razoabilidad. Proporcionalidad.

* Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia.

Introdução

Os direitos fundamentais consistem hoje em um dos principais temas de debates entre os juristas, seja em âmbito nacional ou em âmbito internacional. Tal se dá em razão da importância desses direitos para a tutela da pessoa humana, o que fez com que fossem consagrados nas Cartas Constitucionais de diversos países, trazendo como consequência a necessidade de que sejam observados e preservados por todos os ramos do Direito.

Contudo, o que por diversas vezes se verifica é um distanciamento entre o desenvolvimento teórico e o desenvolvimento prático dos direitos fundamentais, isto é, existe uma enorme discrepância entre os textos positivos referentes aos direitos fundamentais e a realidade social.

Diante disto, surge a necessidade de estudar os direitos fundamentais, delimitar o conteúdo dos mesmos e conhecer a sua formação em nossa sociedade, pois só assim será possível apresentar soluções para que haja uma efetiva tutela desses direitos, de modo a reduzir o distanciamento entre a realidade teórica e a realidade prática.

1. O Estado Constitucional Democrático de Direito e os direitos fundamentais

A consolidação dos direitos fundamentais é decorrente de um longo processo histórico, marcado por lutas, batalhas, revoluções e rupturas sociais em prol da dignidade do homem. Sendo assim, para melhor compreender esses direitos, é necessário identificar os momentos, as concepções jurídicas e as formas jurídicas que antecederam a sua definitiva consagração.

Klaus Stern, sob este aspecto, divide o processo histórico de formação dos direitos fundamentais em três etapas: a fase pré-histórica, que perdura até o século XVI; a fase intermediária, que se refere ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e de afirmação dos direitos naturais do homem; e a fase de constitucionalização, que se inicia em 1776 com as declarações de direitos dos novos Estados americanos¹.

¹ STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, v. III/I, München, C. H. Beck, 1988 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37.

Na Antiguidade, através da religião e da filosofia, surgiram algumas ideias que iriam diretamente influenciar o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. De acordo com Ingo Sarlet, da democracia ateniense herdamos a figura do homem livre e dotado de individualidade; do antigo testamento adveio a concepção do ser humano como o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus; da doutrina estóica greco-romana e do cristianismo surgiram as teses da unidade, da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade².

Foi em Atenas que a lei escrita originalmente manifestou a sua preeminência, tornando-se o fundamento da sociedade política. A autoridade das leis escritas visava substituir a soberania do indivíduo ou da classe social, constituindo-se em uma ferramenta contra o arbítrio governamental. Também era dada importância à lei não-escrita, que ora designava o costume juridicamente aceito e ora designava leis universais de âmbito religioso e absoluto.

O cristianismo, por sua vez, trouxe um modelo ético e concreto de pessoa, qual seja, Jesus de Nazaré. Ressalte-se, todavia, que no Cristianismo a igualdade universal dos filhos de Deus era realizada única e exclusivamente no plano sobrenatural, e isto porque o pensamento cristão da época concordava com a escravidão e com a inferioridade da mulher e de determinados povos.

A partir do século XVI, principalmente nos séculos XVII e XVIII, inicia a fase intermediária de afirmação dos direitos fundamentais, época em que, segundo Ingo Sarlet, a doutrina jusnaturalista alcança o ápice do seu desenvolvimento, principalmente por meio das teorias contratualistas. Nesses séculos, vários filósofos batalharam pelo reconhecimento dos direitos naturais aos indivíduos, considerados expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana³. Entre tantos outros, pode-se citar Hobbes, Locke e Kant.

Hobbes atribuiu ao homem a titularidade de determinados direitos naturais, mas que alcançavam validade apenas no estado de natureza, já que na sociedade estavam nas mãos do soberano. Para Hobbes, a única saída para se evitar a guerra seria a criação do Estado como uma entidade capaz de reduzir a vontade dos indivíduos a uma única vontade, mediante a atribuição de todos os poderes e de todos os direitos à pessoa do soberano⁴.

² SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 37.

³ Ibid., p. 39.

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 59.

John Locke, diferenciando-se de Hobbes, acreditava que o fundamento do Estado deveria ser o consenso entre os seus membros. Locke associa à palavra “pessoa” as palavras “identidade”, “consciência” e “memória”, entendendo o indivíduo como um ser dotado de identidade reflexiva. Ademais, com Locke tem-se a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade como finalidade principal da sociedade civil e como princípio legitimador do governo⁵.

Immanuel Kant, por sua vez, traz o imperativo categórico, representado por três máximas morais: “age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”; “age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; “age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”. Por meio desse imperativo, Kant expressa o seu pensamento de que o homem nunca deve ser usado como um meio para atingir determinado fim, e sim deve ser sempre considerado como um fim em si mesmo⁶.

Por fim, temos a última etapa de formação histórica dos direitos fundamentais, que é a fase de constitucionalização. Nesse período temos a consolidação dos Estados Democráticos de Direito, bem como o surgimento do Estado Constitucional, quando então os direitos fundamentais alcançam o ponto culminante e definitivo de sua consagração.

Alguns países foram pioneiros nesse processo de constitucionalização. Segundo Luis Roberto Barroso, grande referência no desenvolvimento do novo Direito Constitucional foi a Lei Fundamental de Bonn, Constituição alemã de 1949, e a subsequente criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951; outro referencial importante foi a Constituição da Itália de 1947 e instalação da Corte Constitucional em 1956; e ao longo da década de 70 tivemos a reconstitucionalização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978, que agregaram valor ao Direito Constitucional⁷.

No Brasil, o renascimento do Direito Constitucional ocorreu com a democratização do país, que somente se deu com a Constituição Federal de 1988. Antes da atual Constituição viveu o país um período de ditadura militar, quando houve uma centralização político-administrativa na União e uma ampliação dos poderes do Presidente da República. Embora as Constituições desse

⁵ LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância humana**. Trad. Anoar Aiex e Igor César Franco, p. 18.

⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 92.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 09, 2007, p. 02.

período tenham mantido formalmente a estrutura de um Estado Democrático de Direito, os poderes especiais atribuídos ao Presidente da República e as hipóteses de suspensão de direitos individuais tornavam letra morta essa expressão.

Assim, é somente com a vigente Constituição que se pode falar em Estado Democrático e em Estado constitucional, havendo uma ampliação dos direitos fundamentais e fortalecimento das instituições democráticas.

2. Conceito e amplitude dos direitos fundamentais

A concepção de direitos fundamentais está intimamente relacionada com a concepção de pessoa e de dignidade da pessoa humana.

Quando se fala em pessoa humana, segundo Antonio Junqueira de Azevedo, é possível dois tipos de concepção: a concepção insular, que ainda é dominante segundo ele, e a concepção monista⁸.

A concepção insular é baseada na ideia do homem como razão e vontade ou do homem como autoconsciência. A dignidade humana é entendida como autonomia individual ou autodeterminação. Ademais, essa concepção é dualista, isto é: o homem e a natureza não se encontram, eles estão em níveis diversos, são respectivamente sujeito e objeto. Para o autor, essa concepção é insuficiente, antropocêntrica, fechada e subjetivista, pois:

Quer como razão e vontade, quer como autoconsciência, a concepção insular age com redução da plenitudo hominis, retirando do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar a sua vocação espiritual. (...) Ao tentar fixar a especificidade do homem, a concepção insular para na inteligência e na vontade, que são faculdades comuns aos homens e animais superiores, ou para na autoconsciência, comum pelo menos ao homem e ao chimpanzé. O que, de fato, é específico do homem é omitido por ela⁹.

Já a concepção monista é a concepção de uma nova ética, fundada no homem como participante do influxo vital, e tendo como nota diferenciadora a capacidade do homem de

⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, 2002, p. 91.

⁹ *Ibid.*, p. 92.

reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e amar. A dignidade da pessoa é entendida como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar. Além disso, essa concepção é monista, isto é: o homem faz parte da natureza, não sendo o único ser inteligente e capaz de querer, bem como não é o único ser dotado de autoconsciência. Segundo o autor, em defesa dessa concepção:

A pessoa humana, na verdade, caracteriza-se por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é o seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica – concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor)¹⁰.

Diante desses atributos intrínsecos da pessoa humana, o Direito é chamado a garanti-los e a promovê-los. Sob este aspecto, os direitos fundamentais buscam proteger os interesses do indivíduo frente ao poder estatal e também frente a outros particulares.

Os direitos fundamentais estão relacionados a um conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalizado, sendo a sua finalidade principal o respeito à dignidade humana, com a proteção do poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano. Os direitos fundamentais visam garantir ao ser humano o respeito à vida, à liberdade, à dignidade e à igualdade, e isso para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Várias são as definições trazidas pelos autores sobre os direitos fundamentais, pelo que apenas algumas dessas definições serão aqui mencionadas.

Conforme Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados no direito constitucional positivo de determinado Estado. Destaca o autor que esses direitos não podem ser confundidos com os direitos humanos, pois estes são posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, em documentos de direito internacional, e que aspiram à validade universal¹¹.

Segundo Luigi Ferrajoli, são direitos fundamentais aqueles “direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e/ou pessoas capazes de agir¹²”.

¹⁰ AZEVEDO, Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, p. 100.

¹¹ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 29.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 291.

Para Jorge Reis Novais, valendo-se da ideia originária de Dworkin, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado. Os direitos fundamentais são trunfos contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado. Nesse sentido, os direitos fundamentais funcionariam como, relativamente à decisão da maioria, limites jurídico-constitucionais. Nas palavras de Jorge Reis Novais, ter um direito fundamental significa duas coisas:

(...) de um lado, no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões providas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica¹³.

Podem ser apontadas algumas características dos direitos fundamentais, dentre elas: constitucionalização, ligação com a dignidade da pessoa humana, inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, historicidade.

Os direitos fundamentais possuem previsão constitucional, adquirindo assim uma posição de destaque no ordenamento jurídico. Cabe ressaltar, todavia, que o artigo 5º, §2º da Constituição Brasileira de 1988 traz a possibilidade de outros direitos fundamentais decorrentes de regimes e princípios por ela previstos, bem como decorrentes de tratados internacionais do qual o Brasil seja parte.

Os direitos fundamentais estão relacionados ao valor da dignidade humana, buscando concretizar e proteger essa dignidade pessoal. E por estarem relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, qualidade intrínseca dos seres humanos, não é possível dispor dos direitos fundamentais. Diante disto, por meio da inalienabilidade protege-se o direito fundamental em face do seu próprio titular, e através da indisponibilidade protege-se o direito fundamental em face de terceiros.

Os direitos fundamentais também são imprescritíveis, ou seja, os direitos fundamentais não se perdem com o decurso do tempo. Trata-se de direitos permanentes.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 33.

Além disso, os direitos fundamentais são frutos de um processo histórico de afirmação. Os direitos fundamentais não foram simplesmente dados pelo Estado aos cidadãos, mas sim são decorrentes de anos de lutas pela sua afirmação. Os direitos fundamentais surgem e são reconhecidos tendo como base o momento histórico, as possibilidades e necessidades políticas, sociais e econômicas da sociedade.

E é em razão desse processo de consolidação histórica experimentado pelos direitos fundamentais que se costuma falar em dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, decorrentes do pensamento liberal-burguês, são os direitos do indivíduo frente ao Estado. São direitos de defesa, que demarcam uma área de não intervenção do Estado. Nessa dimensão fala-se nos direitos civis e nos direitos políticos.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, surgidos em razão dos problemas sociais e econômicos decorrentes da industrialização, são direitos que outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais. Com relação a esses direitos, não se busca mais evitar uma intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, muito pelo contrário, objetiva-se uma atuação ativa por parte do Estado para garantir o bem-estar social. São direitos fundamentais de segunda dimensão os direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão destinam-se à proteção de grupos humanos, e não do homem-indivíduo em si mesmo. São também chamados de direitos de solidariedade ou de direitos de fraternidade. Citam-se como direitos fundamentais de terceira dimensão os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural e à comunicação.

Ademais, há quem defenda ainda direitos fundamentais de quarta dimensão e de quinta dimensão. Para Paulo Bonavides, são direitos fundamentais de quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, e é direito fundamental de quinta dimensão a paz¹⁴. Com relação a essas dimensões, não há um consenso na doutrina.

Essas dimensões dos direitos fundamentais deixam claro que se está diante de uma categoria de direitos mutável, variando conforme os valores que vigem em determinada sociedade e em determinado tempo.

Concluindo, segundo Ingo Sarlet, o processo de reconhecimento histórico dos direitos fundamentais é dinâmico e dialético, pois é marcado por avanços, retrocessos e

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524-526.

contradições. Os direitos fundamentais são decorrentes de situações de injustiça e/ou de agressão de bens fundamentais do ser humano¹⁵.

3. A possibilidade de restrição dos direitos fundamentais

Inicialmente se questiona em que consiste uma restrição. Nesse sentido, segundo Jorge Reis Novais, deve-se entender por restrição qualquer ação ou omissão dos poderes públicos (Legislativo, Administrativo e Judiciário) ou de particulares que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando o bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, bem como enfraquecendo deveres e obrigações que da necessidade da sua garantia e promoção resultem para o Estado¹⁶.

Todo direito fundamental está sujeito a intervenções em seu âmbito de proteção, mormente tendo em vista que não há direitos absolutos que estejam protegidos de qualquer tipo de restrição. E em relação ao conteúdo e restringibilidade dos direitos fundamentais e os seus limites, tem-se duas teorias, quais sejam, a teoria interna e a teoria externa.

De acordo com a teoria interna, um direito fundamental existe desde sempre com o seu conteúdo, bem como já nasce com os seus limites (limites imanentes). Por meio dessa teoria, os direitos e os limites formam uma unidade.

Para Juan Cianciardo, os limites internos dos direitos fundamentais não são barreiras ao exercício do direito que reduzem o seu espaço original e natural, e sim as fronteiras que delimitam o seu conteúdo¹⁷. Assim, as dúvidas sobre os limites de um direito não são dúvidas acerca de restrições, mas dúvidas sobre o conteúdo de tal direito.

Por meio da teoria interna, nega-se a possibilidade de o legislador efetuar restrições aos direitos fundamentais, uma vez que tal medida violaria a hierarquia das fontes do direito, trazendo como consequência a supervalorização da lei e de normas infraconstitucionais em detrimento das normas constitucionais.

¹⁵ SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 53.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157.

¹⁷ CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: EUNSA, 2000, p. 227.

Segundo a teoria externa, por sua vez, os direitos fundamentais são diferenciados das restrições que são a eles impostas. Inicialmente há a existência de um direito ilimitado, que posteriormente se transforma em um direito limitado em razão das restrições que lhe são cominadas.

Com base na teoria externa, o processo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais é bifásico. Na primeira fase, verifica-se se a situação concreta analisada se insere ou não no conteúdo do direito fundamental *prima facie* e se o direito *prima facie* foi restringido por limites externos impostos por outros direitos ou princípios constitucionais. Na segunda fase, deve-se sopesar o direito *prima facie* com direitos ou princípios constitucionais contrapostos, de modo a identificar o direito definitivo.

De acordo com essa teoria, não há relação necessária entre o conceito de restrição e o conceito de direito; a relação é criada apenas em razão de uma necessidade externa ao direito, de compatibilizar direitos de diferentes indivíduos, bem como os direitos coletivos e os direitos individuais.

Em sua análise dessas teorias, Ingo Sarlet conclui que a teoria externa é mais apta para a reconstrução das colisões de direitos fundamentais, uma vez que traz a necessidade de imposição de limites a tais direitos, de modo que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social¹⁸.

Para Robert Alexy, por sua vez, a polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é apenas uma polêmica entre questões conceituais e problemas de construção. Segundo o autor, quem sustenta uma teoria individualista do Estado e da sociedade tende à teoria externa; já quem se interessa na posição de membro de uma comunidade tende à teoria interna¹⁹.

Além disso, conforme Robert Alexy, a adequação da teoria externa ou da teoria interna depende da consideração das normas jusfundamentais como regras ou como princípios e das posições jusfundamentais como posições definitivas ou *prima facie*: caso se parta de posições definitivas, é possível criticar a teoria externa e caso se parta de posições *prima facie* é possível refutar a teoria interna²⁰.

¹⁸ SARLET, A **eficácia dos direitos fundamentais**, p. 389.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centros de estudios constitucionales, 1993, p. 268.

²⁰ ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 268.

Feitas essas considerações, Robert Alexy entende ser correta a teoria externa, e define como restringíveis os bens jusfundamentalmente protegidos (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e posições *prima facie* concedidas por princípios jusfundamentais. Assim, a restrição de um bem protegido é a restrição de uma posição *prima facie* concedida pelo princípio de direito fundamental²¹.

Cabe agora mencionar que os direitos fundamentais podem ser restringidos por disposições constitucionais ou por normais legais com fundamento na Constituição. Fala-se ainda na restrição de um direito fundamental em razão da sua colisão com outro direito fundamental ou bem jurídico-constitucional.

Assim, é possível identificar três vertentes principais de limitação dos direitos fundamentais: restrições diretamente constitucionais; restrições indiretamente constitucionais e restrições implícitas. As restrições diretamente constitucionais são as restrições impostas de forma expressa ou tácita pela Constituição.

As restrições indiretamente constitucionais são possibilidades de condicionar o pleno exercício do direito autorizadas pela Constituição por meio de cláusulas de reservas explícitas. Segundo Robert Alexy, cláusulas de reservas explícitas são as “disposições jusfundamentais ou partes de disposições jusfundamentais que autorizam expressamente intervenções, restrições ou limitações²²”.

Por sua vez, as restrições implícitas são aquelas que não se manifestam expressamente na Constituição, mas que afetam os direitos fundamentais com o fim de preservar outros direitos e bens igualmente protegidos.

Ao fim, cabe mencionar que a nossa Constituição de 1988 não dispõe expressamente sobre como se deve proceder na restrição de direitos fundamentais, com exceção da previsão de reserva de lei e da proibição de abolição desses direitos. Diante disto, a doutrina e a jurisprudência têm identificado o que denominam de “limites aos limites” dos direitos fundamentais, mormente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

²¹ ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 271-272.

²² ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 282.

4. Limites às restrições dos direitos fundamentais

Os limites e as restrições aos direitos fundamentais são possíveis e necessários. Contudo, os direitos fundamentais não podem ficar à disposição do legislador ou do julgador, sob pena de serem esvaziados de sentido.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que a possibilidade de limitar um direito fundamental mediante intervenções não é ilimitada, pois se fosse permitido ao legislador o poder de concretizar as reservas legais conforme o seu próprio entendimento, os direitos fundamentais abstratamente garantidos poderiam perder qualquer significado. A garantia constitucional restaria sem efeito, abandonando-se na prática o princípio da supremacia constitucional²³.

Além disso, deve-se considerar que os direitos fundamentais atuam como limitação às intervenções estatais. Sendo assim, seria um paradoxo permitir que o legislador possuísse amplos poderes de limitação dos direitos fundamentais, de modo que tal situação é solucionada por meio da imposição de limites ao limitador estatal.

Evidente, assim, a necessidade de limites às restrições e limitações dos direitos fundamentais. Todavia, a Constituição Brasileira de 1988 não traz expressamente quais são os limites aos limites dos direitos fundamentais, o que fez com que a dogmática e a jurisprudência passassem a criar, ao longo do tempo, mecanismos a serem observados quando da limitação de um direito fundamental.

Desse modo, hoje as restrições de direitos fundamentais devem, obrigatoriamente, observar limites formais e materiais de validade, sob pena de violação do ordenamento jurídico.

4.1. Proteção do núcleo essencial do direito fundamental

De acordo com Ingo Sarlet, núcleo essencial dos direitos fundamentais é “a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental²⁴”.

²³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 167.

²⁴ SARLET, A **eficácia dos direitos fundamentais**, p. 389.

Sendo assim, qualquer limitação a um direito fundamental não pode privá-lo desse núcleo essencial, pois se trata de conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 não consagrou expressamente a proteção do núcleo essencial, o que, todavia, não impede à doutrina e à jurisprudência de adotá-lo.

Com relação à determinação do núcleo essencial de um direito fundamental, têm-se duas teorias, quais sejam: a teoria absoluta e a teoria relativa. Conforme a teoria absoluta, ou subjetiva, o conteúdo essencial consiste em um núcleo fundamental, determinado em abstrato, próprio de cada direito, e que seria intocável.

Já para a teoria relativa, ou objetiva, a definição do que é essencial, e que, portanto, deve ser protegido, irá depender das condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses em um caso concreto. A teoria relativa rejeita um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis a priori para cada direito fundamental. Sendo assim, o conteúdo essencial de um direito fundamental é variável a depender da situação e dos direitos envolvidos.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a visão mais correta é a que vincula a teoria relativa ao princípio da proporcionalidade. Sob este aspecto, a tutela do conteúdo essencial de um direito fundamental nada mais é do que consequência da aplicação da regra do princípio da proporcionalidade. Virgílio Afonso da Silva expõe ainda que, caso fosse necessário separar os conceitos de proporcionalidade e de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, acabar-se-ia por aceitar que restrições a direitos fundamentais, ainda que proporcionais, pudessem afetar o seu conteúdo essencial²⁵.

4.2. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um princípio decorrente do Estado Democrático de Direito, e busca o controle dos atos dos poderes públicos, podendo ser aplicado também com relação aos particulares.

²⁵SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 04, out/dez 2006, p. 42-45.

Assim, o princípio da proporcionalidade está relacionado à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista direitos fundamentais. Há que ser aferida no caso concreto a pertinência de se limitar direitos em vista da proteção de outros.

Trata o princípio da proporcionalidade de valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, uma vez que permite o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e funciona como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não se encontra previsto de forma expressa na Constituição da República de 1988, consistindo em um postulado constitucional implícito.

O princípio da proporcionalidade é formado por subcritérios ou subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo o subprincípio da adequação, também chamado de idoneidade ou pertinência, qualquer medida adotada pelo Poder Público deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada. Ou seja, o meio escolhido deve ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impera concluir que o meio é inadequado ou impertinente.

Segundo o subprincípio da necessidade, também conhecido como exigibilidade, a adoção de uma medida restritiva de direito só será válida se ela for indispensável para a manutenção do direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Desse modo, só será válida a restrição de direito que por meio de uma medida menos gravosa não seja possível alcançar o mesmo resultado.

E isso porque o objetivo do princípio da proporcionalidade é limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, pelo que a necessidade implica em se adotar a medida que menos limite o direito fundamental envolvido na questão.

Assim, conforme Humberto Ávila, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação, quais sejam: o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os

meios alternativos promovem igualmente o fim, e examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados²⁶.

Para Robert Alexy, a aferição da necessidade nem sempre é fácil. Entende que a apreciação da necessidade diz respeito a uma relação meio-fim muitas vezes de difícil prognóstico, bem como expõe que por diversas vezes essa apreciação se torna mais complexa quando relacionada a situações que envolvem mais de dois princípios relevantes²⁷.

E, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez constatada a presença da adequação e da necessidade, deve-se analisar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição de um ou outro direito. Exige-se que haja um equilíbrio, uma ponderação, entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.

Relevante constar, ainda, que do princípio da proporcionalidade decorre a ideia da proibição do excesso e, conforme se defende hoje, da proibição de insuficiência.

No plano da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade visa impedir que o Estado, para a efetivação do seu dever de proteção, acabe por afetar de modo desproporcional um direito fundamental.

Segundo Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade age nesse plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade atua, nessa perspectiva, como direito de defesa.”²⁸

De outro lado, há a proibição de insuficiência. A insuficiência se verifica quando o poder público deixa de atuar ou toma uma medida insuficiente para proteger de forma adequada um direito constitucional, o que o princípio da proporcionalidade também visa evitar.

Torna-se claro, assim, que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla fase, uma vez que atua simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, bem como controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção.

²⁶ ÁVILA, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 172.

²⁷ ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 591.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 60-122, 2004, p. 98.

Ao mais, na doutrina se discute a relação entre proibição de excesso e proibição de insuficiência, havendo quem entenda que são autônomos entre si e outros que defendam que a proibição de insuficiência está englobada na proibição de excesso.

Para alguns autores, a proibição de insuficiência se encontra abrangida pela proibição de excesso, no aspecto de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso equivale ao mínimo exigível reclamado pela proibição de insuficiência.

Já o autor Canaris sustenta a autonomia da proibição de insuficiência. Entende que na esfera da proibição de excesso, o que se controla é a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, enquanto que na esfera da proibição de insuficiência cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção²⁹.

Ao fim, importante constar que tanto o princípio da proibição de excesso quanto o da proibição de insuficiência vinculam todos os órgãos estatais.

4.3. O princípio da razoabilidade

Outro princípio que deve ser observado para a restrição de um direito fundamental é o princípio da razoabilidade, princípio este que não deve ser confundido com o princípio da proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade tem origem no “due process of law” do direito norte-americano. Em 1803, no caso *Marbury x Madison*, a razoabilidade foi utilizada para controle dos atos discricionários. No final da década de 30, a utilização desse princípio foi quase que totalmente abandonada, e isso em razão do auge do liberalismo econômico e de sua ideologia de mínima intervenção estatal. Na década de 50, com a volta do ativismo judicial, o princípio da razoabilidade volta a ter importância na Corte Constitucional do país. Com a Constituição Americana de 1872, a razoabilidade é consagrada no direito norte-americano, sendo vista como decorrente do devido processo legal substancial.

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm, **Grundrechte und Privatrecht**, apud SARLET, **Constituição e proporcionalidade**, p. 104.

De acordo com Humberto Ávila, é possível destacar três principais acepções relacionadas ao princípio da razoabilidade. De acordo com a primeira acepção, a razoabilidade deve ser utilizada como diretriz que exige a relação entre as individualidades do caso concreto e as normas gerais, seja mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja indicando em quais hipóteses o caso individual deixa de se enquadrar na norma geral. Com base em uma segunda acepção, a razoabilidade é uma diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, quer reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, quer exigindo uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende alcançar. Por fim, conforme a terceira acepção, a razoabilidade é diretriz que exige uma relação de equivalência entre duas grandezas³⁰.

Assim, segundo Humberto Ávila, o princípio da razoabilidade deve ser visto como: dever de equidade, dever de congruência e dever de equivalência.

A razoabilidade como dever de equidade exige que haja a harmonização da norma geral com o caso individual. A razoabilidade impõe que na aplicação das normas jurídicas seja considerado aquilo que normalmente acontece. Na aplicação e na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente ocorre, e não o extraordinário. A razoabilidade exige determinadas interpretações como forma de preservar a eficácia axiológica de outros princípios³¹.

Além disso, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso, havendo situações em que não haverá a aplicação da norma por se estar diante de um caso anormal. Uma regra é aplicável a um caso somente se as suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria norma ou por um princípio que institua uma razão contrária. O caso concreto deve ajustar-se à generalidade da norma para que esta seja aplicada.

A razoabilidade como dever de congruência exige a harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação. A razoabilidade exige, para qualquer medida, a referência a um suporte empírico³².

Ademais, segundo a razoabilidade, deve haver uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. A utilização de critérios distintivos

³⁰ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, número 4, novembro/dezembro de 2005, p. 11.

³¹ ÁVILA, **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**, p. 13.

³² ÁVILA, **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**, p. 15.

inadequados não só fere o princípio da razoabilidade, como também fere os princípios do Estado de Direito e da igualdade.

Por fim, a razoabilidade como dever de equivalência exige a equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona³³.

Todos esses âmbitos da razoabilidade deverão ser observados quando diante da possibilidade de se vir a restringir um direito fundamental.

Conclusão

Os direitos fundamentais são importantes direitos na tutela da dignidade da pessoa humana, devendo ser observados em todo o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional.

Os direitos fundamentais, assim como outros direitos, não são direitos absolutos, podendo vir a sofrer restrições. Ao lado das restrições imediatamente decorrentes da Constituição e das que são estabelecidas por lei, com fundamento em autorizações contidas nas normas constitucionais, admite-se também restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.

As restrições não expressamente previstas na Constituição se fazem necessárias diante da necessidade de ponderação entre direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais, não sendo possível ao legislador constituinte prever todas as possíveis colisões de direitos e bens constitucionais em cada caso concreto.

Mas as restrições aos direitos fundamentais não podem ser realizadas de modo totalmente discricionário pelo legislador e pelo aplicador da lei, pois desse modo haveria evidente risco de redução ou desaparecimento desses direitos.

Para a imposição de restrições aos direitos fundamentais deve-se indagar não apenas sobre a possibilidade constitucional da restrição, mas também se deve analisar a compatibilidade da restrição com a proteção do núcleo essencial do direito fundamental, com o princípio da proporcionalidade e com o princípio da razoabilidade.

³³ ÁVILA, *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*, p. 17.

Trata-se de formas de controle de constitucionalidade das restrições e limitações dos direitos fundamentais e de solucionar as suas colisões, dando objetividade e racionalidade ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, número 4, nov/dez de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20/06/2011.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, São Paulo, n. 53, p. 90-101, 2002.

BARROS, Suzana de T. **Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, n. 09, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3.^a ed., 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIANCIARDO, Juan. **El conflictivismo en los derechos fundamentales**. Pamplona: EUNSA, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 1ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância humana**. Trad. Anoar Aiex e Igor César Franco, 18 p. Disponível em: <<http://temqueler.files.wordpress.com/2009/12/locke-carta-acerca-da-tolerancia.pdf>>. Acesso em: 10/06/2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Estudos de Direito Civil-Constitucional. São Paulo: Renovar, 2010.

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

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, p. 60-122, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, n. 04, p. 23-51, out/dez 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade. **JurisPoiesis**, n. 7, p. 225-256, 2005.