

Direitos Fundamentais e suas Limitações¹

OLIVEIRA, Rafael Carlos Cruz de²

RESUMO: A partir da teoria dos Direitos Fundamentais, mormente a proposta por Robert Alexy, procura-se apresentar o conceito e características da norma de direito fundamental e demonstrar que, conquanto de suma importância para a pessoa humana, deve ser limitada para salvaguardar outros direitos ou bens garantidos pela Lei Fundamental, muito embora haja o limite do conteúdo essencial da norma de direito fundamental para que essa restrição se conforme com a Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais. Norma Jurídica de Direito Fundamental. Restrição a Norma de Direitos Fundamentais. Restrição a Restrição da Norma de Direito Fundamental.

ABSTRACT: From the theory of Fundamental Rights, mainly the proposal by Robert Alexy, it's hoped to introduce the concept and characteristics of the fundamental rights law and expose that, while extremely important for the human person, it must be limited to safeguard other rights or property guaranteed by the Fundamental Law, although there is a limit of the Fundamental Rights gist so that this restriction is accordingly with the Constitution.

KEY WORDS: Fundamental Rights. Legal Standard of Fundamental Right. Restriction Rule of Fundamental Rights. Restriction to the Restriction of the Fundamental Right's Rule.

¹ Trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais, no curso de mestrado da PUC – SP.

² Rafael Carlos Cruz de Oliveira. Procurador da Fazenda Nacional, mestrando em *Direito Constitucional*, na linha de pesquisa *Efetividade do direito público e limitações da intervenção estatal* na *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. Email: rafaellcc.oliveira@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos Fundamentais. 1.1. Antecedentes Históricos 1.2. Gerações de Direitos Fundamentais. 1.3. Concepções Filosóficas Justificantes dos Direitos Fundamentais. 1.4. Conceito de Direito Fundamental. 1.4.1.1. Norma de Direito Fundamental Segundo Alexy. 1.4.1.2. Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais. 1.4.2. Conceito de Direito Fundamental. 1.5. Características dos Direitos Fundamentais. 1.5.1. Historicidade 1.5.2. Universalidade. 1.5.3. Irrenunciabilidade. 1.5.4. Irredutibilidade. 1.5.5. Concorrência. 2. Limitação dos Direitos Fundamentais. 2.1. Restrição a Direitos Fundamentais. 2.2. Limitações às restrições a direitos fundamentais 2.2.1. Da Proteção ao Núcleo Essencial da Norma de Direito Fundamental. 2.2.2 Da Máxima da Proporcionalidade. 2.2.3. Colisão e Concorrência de Direitos Fundamentais

INTRODUÇÃO

Examinaremos, neste artigo, o regime jurídico dos direitos fundamentais em sua teoria geral, seguindo em sua maioria os ensinamentos Robert Alexy, inclusive, aprofundando na possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, bem como trazendo a baila os limites para essa restrição.

No primeiro capítulo teceremos comentários sobre os direitos fundamentais, seus antecedentes históricos, conceito e características.

Quanto ao conceito, aprofundaremos a teoria da norma de direito fundamental proposta por Alexy, haja vista a inclusão da noção de princípio como norma jurídica de direito fundamental, já que neste trabalho partilharemos a teoria externa para restrição de direitos fundamentais por entender que os direitos fundamentais não de ser concebidos, primordialmente, por princípios.

No capítulo segundo abordaremos a temática das restrições aos direitos fundamentais que, conquanto sendo valores inatos aos seres humanos, positivados pelo Estado, portanto de relevância incomensurável, são passíveis de conformação e restrição pelo legislador infraconstitucional, bem como pelo judiciário em caso de colisão.

Trataremos, outrossim, dos limites a essas restrições pois há, em conformidade com a teoria da proteção ao núcleo essencial dos direitos

fundamentais, existência de um conteúdo material insindicável pelo legislador ordinário.

Por fim, trataremos das colisões entre direitos fundamentais, porquanto existem direitos preconizados na constituição o qual o âmbito material não foi restringido pelo próprio legislador constituinte e nem delegado ao legislador infraconstitucional, assim, deverão ser concretizados casuisticamente pelo poder judiciário.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Antecedentes históricos

A positivação dos direitos fundamentais é consequência de uma maturação histórica, o que se permite dizer que os direitos fundamentais não são os mesmos em todas as épocas.

Com o cristianismo, conquanto não seja seguro afirmar que deu início à concepção de dignidade da pessoa humana, se deu o impulso para ensejar sua proteção.

Com efeito, foram os dogmas cristãos, mormente de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana com o escopo de redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do direito positivo. (MENDES, 2010, p. 308).

Destarte, é a partir do período axial, que compreende os séculos VII e II a.c, que diversos pensadores lançam os fundamentos filosóficos para os direitos fundamentais, porquanto o ser humano passa a ser concebido em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão. (TAVARES, 2010, P. 479).

Segundo Fábio Konder Comparato (2001, P. 08), “lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.”.

No que toca aos antecedentes próximos, temos a *Magna Charta Libertatum*, que, embora sua natureza contratual, nela residia diversos direitos encartados, em virtude das expressões nela forjadas.

Entretanto, para se falar na existência de Direitos Fundamentais com a devida propriedade, devem reunir-se pelo menos três elementos: “1) o Estado; 2) a noção de indivíduo; 3) a consagração escrita”. (DIMOULIS, 2001, P. 11-30).

Nessa esteira surgiram posteriormente as declarações de direito nos Estados Unidos da América e as declarações francesas, as quais já continham a densidade e os elementos supracitados. (FERREIRA FILHO, 2001 p. 15)

Segundo Paulo Bonavides:

“Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.”. (BONAVIDES, 2002, P. 516)

1.2. Gerações de Direitos Fundamentais

Infere-se da noção de gerações, devido a característica da historicidade, sofreram evolução ao longo do tempo, portanto não nasceram de um momento para o outro, mas foram gerados ao longo do tempo, segundo contextos sociais específicos. (NUNES JUNIOR, 2009, P.42).

A primeira geração trata da proteção do indivíduo em face do estado, mormente os direitos individuais e os políticos, só para citar alguns: liberdade de religião, pensamento e locomoção.

Os de segunda geração são os direitos sociais que se caracterizam pela conduta positiva do estado com o escopo de densificar o princípio da igualdade.

Os de terceira geração tem por objetivo de proteção do ser humano não como ser social apenas, mas ele como parte da humanidade, portanto não se atina a um grupo específico, mas a toda humanidade e se caracterizam pela sua transindividualidade. (NUNES JUNIOR, 2009, P.47).

1.3. Concepções Filosóficas Justificantes dos Direitos Fundamentais

Questiona-se a importância de se buscar concepções filosóficas para justificar a existência dos direitos fundamentais, já que os problemas mais

prementes estariam em procurar formulas para protegê-los. Ademais seria imaginário encontrar um substrato absoluto para os direitos (BOBBIO, 17) fundamentais, porquanto a variedade de direitos com essa característica e a possibilidade latente de entrarem em rota de colisão impediriam encontrar um antecedente definitivo.

Entretanto, a doutrina, ao se debruçar sobre o tema, estrutura esses antecedentes filosóficos em três grandes correntes, a saber: para os jusnaturalistas, os direitos dos homens são imperativos do direito natural, antecedentes a própria concepção de Estado; já os positivistas os veem como faculdades outorgadas pela norma jurídica e regulada por ela; já para os realistas seriam de lutas sociais e políticas. (MIRANDA *apud* MENDES, 2010, P. 311).

1.4. Conceito de Direitos Fundamentais

Antes de conceituar direitos fundamentais, faremos uma exposição do entendimento adotado por ALEXY sobre norma jurídica e a inclusão da noção de princípio como norma jurídica de direito fundamental, já que neste trabalho partilharemos a teoria externa para restrição de direitos fundamentais por entender que os direitos fundamentais não de ser concebidos, primordialmente, por princípios.

1.4.1.1 Norma de Direito Fundamental Segundo Robert Alexy

O conceito de norma faz parte do estudo da dogmática jurídica, entendida como Ciência do Direito. Portanto, toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina. (ALEXY, 2012, P. 51)

Conquanto existam conceitos pressupostos de normas formulados por diversos autores, o que se busca na teoria dos direitos fundamentais é um conceito fluido, ou seja, sólido o suficiente para se constituir as bases analíticas que se seguirão, e, de outra banda, frágil o suficiente para que seja compatível com o maior número de decisões no campo dos problemas mencionados.

Busca-se no conceito semântico de norma, tendo como premissa básica a diferenciação de norma e enunciado normativo, já que este seria o suporte

físico e aquela o enunciado deôntico inferido do enunciado normativo. (CARVALHO, 2009).

Tanto a questão da validade das normas, quanto à questão do uso da linguagem técnica pertencente ao direito não são suficientes a explicar a existência da norma, nem a sua função de regular as relações sócias. Para Alexy, o decisivo para a pertencialidade de uma norma a um dado sistema jurídico seria a sua funcionalidade. (ALEXY, 2012, p. 56).

Com efeito, para classificar as normas constitucionais como de direitos fundamentais ou não, reconhece que existem os critérios material, estrutural e formal.

Quanto ao critério material, que leva em consideração o conteúdo da norma, existe alguns inconvenientes na utilização desse critério, quais sejam: a vinculação a concepção de direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado. (ALEXY, 2012, p. 66).

No que toca a concepção estrutural apenas as normas que concedessem direitos subjetivos de liberdade poderiam ser classificadas como direito fundamental. Contudo, teoria traz o inconveniente de excluir as disposições conexas às concessivas de liberdades, tais como as disposições que garantem a aplicação desses direitos.

Por fim o critério formal, preferido por Alexy, o qual estabelece que as normas de direitos fundamentais seriam aquelas as quais a Constituições estabelecem como tais e outras disposições periféricas associadas.

1.4.1.2 A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais

Com base na análise da estrutura das normas, na medida em que se desvenda a diferença teórica entre normas, regras e princípios, compreende-se, destarte, que tanto regras como princípios de direitos fundamentais são normas jurídicas.

Conquanto regras e princípios sejam normas, subjaz entre elas diferenças que foram propostas por diversos autores. Dentre as mais conhecidas estão as que diferenciam regras e princípios pela generalidade e abstração de suas proposições. Estes seriam proposições mais gerais e abstratas, enquanto aquelas menos gerais e abstratas.

Essa diferenciação é criticada pelo autor porque carece de qualquer índole qualitativa na distinção entre regras e princípios. (ALEXY, 2012, p. 88).

Com efeito, os princípios são tidos como mandamentos de otimização porquanto são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes e essas possibilidades serão determinadas pela aplicação, no caso concreto, pelos princípios e regras em oposição. (ALEXY, 2012, p. 90/91).

Já as regras, para o autor, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, uma vez que, sendo válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido.

Além do mais, os princípios não expressam mandamentos definitivos, apenas ordenam que algo seja feito na maior medida possível (mandamentos de otimização), considerando as condições do caso concreto.

Destarte, a aplicação de determinado princípio ao caso concreto não exaure seu conteúdo, já que as razões de sua aplicação são determinadas pelo caso concreto e podem ser substituídas por outras razões em caso de situação fática diversa, ou até idêntica, mas em um contexto diverso.

Diferente das regras que possuem um caráter de determinação em relação às circunstâncias fáticas e jurídicas, portanto, uma vez aplicadas, determinam o resultado de maneira definitiva, a não ser que a regra seja declarada inválida.

Conquanto pareça que os princípios tenham sempre caráter *prima facie* e, em contrapartida, as regras tenham sempre o caráter definitivo, nem sempre será assim, já que tal construção seria muito simples e não refletiria a realidade

Nessa toada, o autor alemão propõe um modelo diferenciado, sem contudo desprezar o caráter *prima facie* dos princípios. Esse modelo prescreve que às regras podem ser incluídas cláusulas de exceção e, ademais, tais exceções podem estar previstas nos conteúdos dos próprios princípios.

Outro contraponto, trazido pelo autor, a diferenciação clássica entre princípios e regras está na utilização das regras e princípios como razões. Para o autor os princípios podem ser considerados razões tanto para condutas, quanto para normas. Dessa forma os princípios não podem ser razões apenas para as regras, ao revés, são verdadeiras ações para juízos de dever ser.

Em que pese ambos poderem ser razões para juízos de dever ser, as regras apresentam, como já dito, um caráter definitivo de juízo de dever ser, enquanto os princípios terão sempre aplicação *prima facie*, ou seja estabelecerão direitos *prima facie*. (ALEXY, 2012, p. 91).

As diferenças traçadas entre princípios e regras pelo autor alemão se tornam mais evidentes quando há colisão entre regras e regras, regras e princípios e entre princípios e princípios.

Nesta senda, as regras devem ser aplicadas como mandamentos definitivos, a conclusão lógica é de que nos casos de antinomias entre duas regras há apenas duas soluções possíveis: ou se inclui uma regra de exceção em das regras, o que permitiria sua validade ante ao ordenamento jurídico, ou a declaração de invalidade de uma das regras colidentes.

Quanto aos princípios a solução é diversa, já que não se resolve os problemas de aparente antinomias do sistema através de regras de validade; apenas, na aplicação ao caso concreto, um deverá ceder ao outro, sem que isso signifique, reitero, a declaração de sua invalidade. (ALEXY, 2012, p. 94).

Dessa forma, têm-se duas soluções distintas para o caso de antinomias entre regras e as antinomias entre princípios. Estes serão resolvidos com a utilização de técnicas de ponderação, enquanto aquelas pela técnica da subsunção.

Em caso de colisão de princípios, em virtude de serem mandamentos de otimização, bem como, especificamente a eles, suas antinomias não se resolvem através de técnicas de validade; o autor propõe uma técnica de ponderação de interesses. (ALEXY, 2012, p. 95)

Essa técnica consiste na aplicação no caso concreto da máxima da proporcionalidade, que foi dissecada pelo autor em um trinômio, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade consiste na escolha, entre dois meios que possibilitem a realização de um princípio, daquele que menos intensamente intervenha num outro princípio.

No que toca ao princípio da adequação, deve-se excluir meios que, visando à realização dos princípios, acabem prejudicando outro, sem, no entanto, fomentar o princípio ao qual eles devam servir.

E por fim, a proporcionalidade em sentido estrito que é a busca da melhor solução para o caso concreto que proporcione menos prejuízo ao ordenamento jurídico, ou seja, é a escolha do meio menos gravoso para atingir ao melhor fim proposto no âmbito do caso concreto.

Do procedimento de eliminação da colisão entre dois princípios extrai-se a lei de colisão aplicável ao caso concreto, que consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, cuja determinação se dará a partir da consideração de todas as circunstâncias relevantes no caso particular.

Por conseguinte, o estabelecimento de relação de precedência condicionada decorre diretamente dos princípios como mandados de otimização, que não possuem relação de precedência em razão de se referirem a ações e situações não qualificáveis.

1.4.2. Conceito de Direito Fundamental

Antes de tudo, impende observar, nos termos do ponto anterior, que o conceito de direito fundamental aqui utilizado é o formal, portanto será considerado direito fundamental apenas o contido no direito constitucional positivo, fora dele não subsistirá direito fundamental. (OLIVEIRA, 2010, p. 43).

Com efeito, seriam fundamentais as normas que a constituição estabelece como tais, bem como as disposições associadas.

Vidal Serrano Nunes Junior, conceitua direitos fundamentais

“como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação a sua preservação (solidariedade)”. (2011, P. 13)

Ou numa acepção mais geral:

“um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (PÉRES LUÑO, *APUD* TAVARES, 2010, p. 501).

Revela notar que se trata de um sistema aberto, porquanto, além de possuir código e estrutura própria, seus postulados estão em constante interação, reconduzindo sempre ao mesmo objeto, a dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira Canotilho:

“tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça”, (1991, P. 171)

A maioria da doutrina tem a tendência de restringir a expressão, direitos fundamentais, à designação de direitos positivados internamente e os direitos humanos, os de positivação externa.

Nesta senda, conquanto ambos tenham conteúdos similares se diferenciam pelas funções que desempenham: os direitos humanos têm a função de recuperar a ideia de direitos naturais, inerentes ao ser humano, bem como servir de modelo para a estruturação de Estados tendo como princípio da dignidade o seu fundamento.

Já os direitos fundamentais, como já dito, cumprem um papel da ordem interna do estado e na sua própria estruturação, inclusive prevendo direitos sindicáveis por via judicial. (NUNES JUNIOR, 2011, p. 16/17).

1.5. Características dos Direitos Fundamentais

Trataremos nesse tópico das características em comum dos direitos fundamentais que fazem dele um sistema próprio, demarcando um perfil essencial de todos os direitos que recebem tal adjetivação. (NUNES JUNIOR, 2011, p. 35).

1.5.1. Historicidade

Os direitos fundamentais são produtos da evolução históricas, que dialeticamente através dos níveis de conscientização crescentes e concomitantes à evolução social determinam sua positivação.

Portanto, não nascem de viés legislativo momentâneo, ou de uma ideiação teórica oportunista.

Por isso sua divisão em dimensões, porquanto na medida em que as agressões ao ser humano vão aparecendo, aparecerão respostas para a proteção dele em sua dignidade, numa verdadeira evolução dialética.

1.5.2. Universalidade

A ideia de universalidade pressupõe que os direitos humanos não regulam apenas um grupo, categoria ou classe de pessoas, ao revés, seriam destinados ao ser humano como gênero.

Entretanto, calha observar, que isso seria um ideal, que na prática se restringe à um Estado onde esses direitos foram positivados, dessa forma sua aplicação ficaria restrita aos Estados onde são adotadas as concepções jurídicas filosóficas-liberais.

Nessa esteira André Ramos Tavares:

“O substrato da ideia de uma universalidade de direitos humanos não encontra terreno fértil em um sistema jurídico pragmático. A pedra de toque de um sistema jurídico positivado é a realidade prática, acima de tudo, humana, a qual é circunstancial e, portanto, mutável, e, ademais, imperfeita”. (TAVARES, 2010, P. 508).

1.5.3 A irrenunciabilidade

Os direitos fundamentais são caudatários da dignidade da pessoa humana, portanto são direitos inatos ao ser humano, portanto, dessa maneira, irrenunciáveis.

1.5.4. A limitabilidade

Os direitos fundamentais devem ser sempre maximizados, ter sua interpretação sempre tendente a sua ampliação, porém não são absolutos, e sim limitáveis, já que encontra limites em outros direitos fundamentais, mormente em caso de colisão no caso concreto.

Cumprido esclarecer que, conquanto haja a possibilidade de limitação, os direitos fundamentais deve-se sempre buscar sua máxima efetividade.

Lecionando sobre o princípio da máxima efetividade, J.J. G. Canotilho:

“Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuída o sentido que maior eficácia lhe dê.”. (CANOTILHO, 1991, p. 233).

1.5.5. Concorrência

Os direitos fundamentais agem de forma concorrente em um único ser humano, embora interdependentes, há a possibilidade da incidência de mais de um direito fundamental sobre um único titular.

2. LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediça a ideia de relatividade dos direitos fundamentais, porquanto um direito fundamental não pode ser exercido de forma absoluta, porquanto encontra limites em outros direitos fundamentais e/ou em outros postulados ou valores constitucionais.

Nesta esteira, vemos que os direitos fundamentais não podem proteger o indivíduo da prática de condutas consideradas ilícitas; nem servir a respaldar irresponsabilidade civil; bem como não podem anular demais direitos consagrados na Constituição; e por fim, não podem invadir o âmbito material de proteção das demais pessoas. (TAVARES, 2010, p. 528)

A própria declaração universal dos direitos do homem e do cidadão, em seu art. 4º, traz a ideia de que:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites podem ser determinados por lei.”.

Todas essas limitações giram em torno da concepção, quase nem sempre aferível de plano, do âmbito material de proteção dos direitos fundamentais.

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados pela norma e a consequência comum, a proteção fundamental. (MENDES, 2010, p. 373).

Outros chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental.

Ainda quanto ao âmbito de proteção de determinado direito fundamental mister ter a noção de que se identifique não só o objeto da proteção, mas também contra qual tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção. (SCHWABE *apud* MENDES, 2010 p, 374)

Destarte, quanto mais amplo for o âmbito de proteção do direito fundamental, mas se afigura possível qualificar o ato estatal como restrição, diametralmente oposto é quando o âmbito de proteção é restrito, o qual restará menor possibilidade de conflito entre o Estado e o indivíduo.

A determinação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais depende, muitas vezes, de uma interpretação sistemática, de todos os direitos abrangentes de outros direitos e disposições constitucionais. Outras vezes só se conhecerá o âmbito de proteção, em confronto com a sua restrição. (MENDES, 2010, p. 375).

Para determinação do âmbito de proteção exige a análise do âmbito de proteção da norma constitucional garantidora dos direitos, tendo em vista a determinar quais bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção, âmbito de proteção normativo; bem como, verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia. (CANOTILHO, 1991, p. 614)

Impende observar que alguns direitos fundamentais têm seu âmbito de proteção estabelecido pelo ordenamento jurídico, direito de propriedade, herança, acesso ao judiciário etc.

Esses direitos não teriam concretização sem as normas legais garantidoras, instituidoras ou organizadoras, conquanto tenham estatura constitucional.

Tais normas não tem o escopo tem restringir direitos fundamentais, mas sim a relevante função de normas de concretização e conformação de direitos.

Impende observar que a supressão dessas normas concretizadoras ou conformadoras, integrantes da legislação ordinária, pode lesar não apenas a garantia institucional objetiva, mas também direito subjetivo

constitucionalmente tutelado, gerando, destarte, uma inconstitucionalidade superveniente por omissão.

2.1 Restrições a Direitos Fundamentais

Restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental.

Portanto, “restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais.”. (ALEXY, 2012, p. 281).

Cumprir observar que somente a norma que trazer uma restrição compatível com a Constituição poderá ser classificada como restrição constitucional.

Como já dito, se adota neste artigo, a teoria externa, porquanto consideramos que os direitos individuais consagram posições *prima facie*.

Uma sistematização dos direitos fundamentais conforme a Constituição Federal vigente comporta a classificação em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritivamente e qualificada) e restrições tácitas constitucionais.

As restrições diretamente constitucionais são aquelas as quais se encontram no próprio texto Constitucional. Portanto, ao tempo que consagra o direito fundamental, o próprio texto restringe o suporte fático de aplicação da norma. Citemos como exemplo o art. 5º, XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”

Já as restrições indiretamente constitucionais, não se encontram previstas diretamente no texto constitucional, contudo o constituinte autoriza a restrição pelo legislador ordinário, através de legislação infraconstitucional.

Essa possibilidade do texto constitucional delegar ao legislador infraconstitucional a possibilidade de restringir seu conteúdo ou autorizar a aplicação da norma após a edição de lei ordinária é classificada pela doutrina de José Afonso da Silva como normas constitucionais de eficácia contida e limitada, respectivamente. (SILVA, 2005).

Elas podem ser tidas como restrições simples ou qualificadas. Sucede a restrição simples quando a norma constitucional prevê a restrição sem

requisitos ou qualificações específicas, caso contrário se tratará de restrições qualificadas.

Já no caso de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal, sua restrição pode ser estabelecida casuisticamente, no caso concreto, em caso de colisão de direitos fundamentais, ou sofrer restrição pela lei que regula outro direito fundamental, como no caso da liberdade de imprensa e o direito a intimidade.

Nessa esteira prescreve Alexy:

Somente a colisão entre direitos de terceiros e outros valores jurídicos com hierarquia constitucional pode excepcionalmente, em consideração à unidade da constituição e à sua ordem de valores, legitimar o estabelecimento de restrições a direitos não submetidos a uma expressa reserva legal” (ALEXY, 2012, p. 127)

2.2. Limitações às restrições a direitos fundamentais

2.2.1. Da Proteção ao Núcleo Essencial da Norma de Direito Fundamental

Do exposto até agora ficou assentado à possibilidade de restrição a direito fundamental, contudo tais restrições enfrentam limites, sob pena de retirar completamente do suporte fático regulado pela norma de direito fundamental seu conteúdo.

Esses limites que decorrem da própria constituição referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Algumas constituições trazem a garantia de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental encartado na própria Constituição. Tal garantia surgiu em reação aos abusos perpetrados pelo legislador ao restringir ou conformar direitos fundamentais.

A Constituição brasileira não traz norma expressa de proteção ao núcleo essencial, contudo trata-se de postulado constitucional imanente, porquanto destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrentes de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais.

É imanente por tratar-se de postulado decorrente do princípio da supremacia da constituição e de supralegalidade, já que seria anacrônico prevê a possibilidade da constituição ocupar o topo do ordenamento jurídico e ter seu conteúdo contrariado por normas infraconstitucionais.

Com efeito, a ideia de controle constitucionalidade das leis não se aplica apenas a normas infraconstitucionais que ferem diretamente a norma constitucional, mas também quando o legislador ordinário comete abusos ao regulamentar norma, esvaziando seu conteúdo de modo a atingir o núcleo essencial do direito fundamental.

Com relação ao conceito do núcleo essencial existem duas correntes para explica-lo: uma que trata do objeto do núcleo essencial, direito individual ou garantia objetiva; e a outra se refere ao valor do núcleo essencial, valor absoluto ou dependente de conformação com outros direitos e bens. (CANOTILHO, 1991, p. 630/631).

Quanto ao objeto do núcleo essencial, visualizamos a existência da teoria objetiva e subjetiva.

Para teoria objetiva, à proteção se dirige à proteção geral e abstrata prevista na norma, de modo a evitar que a vigência de uma disposição jusfundamental seja reduzida de forma tal que perca toda a importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles, e em geral, para a vida social. (ALEXY, 2012, p. 296/297).

Já a teoria objetiva leva em consideração o indivíduo, portanto de modo algum poderia ser sacrificado subjetivo de um homem, em termos de que, em relação a ele, esse direito não tivesse mais qualquer significado. (CANOTILHO, 1991, p. 630/631).

Conquanto a existência dessas duas teorias, como os direitos fundamentais são posições imanentes ao indivíduo, resta claro que a posição subjetiva deve estar a par, sempre, da posição objetiva.

No que toca ao valor do núcleo essencial, também aqui temos duas teorias: a absoluta e a relativa.

A absoluta reconduziria ao entendimento de que o núcleo essencial consistiria em um núcleo próprio de cada direito intangível e determinável em abstrato.

Já a relativa, reduz o núcleo essencial a máxima da proporcionalidade, ou seja, a restrição só seria legítima quando fosse exigida para realização de outro bem, ou direito e só na proporção que essa exigência imponha ao direito fundamental.

Portanto, para a teoria relativa, “o que é desproporcional ou excessivo viola o núcleo essencial.” (CANOTILHO, 1991, p. 632).

Como dito alhures, a ordem constitucional brasileira não trouxe qualquer disciplina expressa no que toca à proteção do conteúdo essencial de um direito individual, contudo é evidente que o texto constitucional veda até mesmo a tentativa de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV),

Como que, por uma questão das regras lógicas, quem pode mais, pode o menos, tal determinação traz em seu conteúdo a noção de proteção ao núcleo essencial também para o legislador ordinário.

Encontramos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a decisão, no *habeas corpus* n. 82.959, relator Ministro Marco Aurélio, que considerou inconstitucional a imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento da condenação nos crimes hediondos, já que configuraria lesão ao núcleo essencial da norma que prescreve o princípio da individualização da pena.

Nestes termos, o Ministro Peluzo assim se manifestou:

“Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica.

‘A imposição de regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade’, nota Maria Lúcia Karam, ‘com vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individual, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante’.

Já sob esse aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90”.

Vê-se, pois, que a proteção ao conteúdo essencial de um direito fundamental, conquanto não expressa na constituição, é aceita e protegida pela Corte Constitucional brasileira.

2.2.2 Da Máxima da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem matiz, tanto na teoria dos direitos fundamentais, quanto na teoria do Estado, tendo em vista, quanto a este último, o desenvolvimento da teoria do poder de polícia estatal.

Contudo, é também inconteste que a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo. (MENDES, 2010, p 402).

Com efeito, como limite às Leis restritivas de direitos fundamentais, traduz-se numa vedação ao excesso, para que a autorização constitucional para intervenção em um direito individual não se transforme numa intervenção desarrazoada ou desproporcional.

O princípio da proporcionalidade, como decorrente de uma compreensão ampla e geral do direito, não é um conceito difuso, constituindo muitas vezes regra para solução de casos difíceis, os quais a simples subsunção não resolve.

Dessa forma, é tido como um conceito operacional cujo o conteúdo encontra-se dissecado nas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que são seus requisitos intrínsecos.

A adequação seria que a restrição ao direito fundamental deve ser idônea, adequada ao fim conforme o interesse público.

Já a necessidade é tida como a noção que a restrição deve se dar da maneira menos gravosa possível baseado sempre no interesse público envolvido.

Canotilho assim leciona: “uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos “coativo”, relativamente aos direitos restringidos”. (1991, p. 629)

Já a proporcionalidade em sentido estrito prescreve que mesmo que a medida seja necessária e adequada poderá ser inconstitucional acaso cometer excessos desarrazoados, desmedidos.

2.2.3. Colisão e Concorrência de Direitos Fundamentais

Como já tratado no tópico das características dos direitos fundamentais, a concorrência de direitos fundamentais é quando um comportamento de um indivíduo preenche o pressuposto de fato de vários direitos fundamentais.

No caso acima não há colisão, já que o exercício de vários direitos pelo mesmo titular não entram em choque.

O contrário acontece quando estamos diante de um caso em que o exercício de um direito fundamental, exercido por um titular, atinge o âmbito material de proteção de um outro direito fundamental exercido por outro indivíduo. Essa colisão pode ocorrer entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade.

Esses conflitos ocorrem notadamente em vistas da prática de atos que não encontram abrigo no âmbito de proteção da norma do conteúdo material da norma de direito fundamental.

Destarte, para se verificar se determinada conduta faz parte do âmbito matéria da norma de direito fundamental, deve-se dissecar o seu conteúdo, portanto a necessidade da precisa delimitação no sentido de buscar se a conduta está ou não protegida.

Os princípios fundamentais são posições jurídicas *prima facie* e a concretização desses direitos se dará em sua transformação em posições definitivas, por meio de lei restritiva, que representará o primeiro instrumento de solução de conflitos. (CANOTILHO, 1991, p. 659).

Já com relação aos direitos fundamentais que não são suscetíveis de restrição, como os restringidos diretamente da constituição ou com autorização dela, esses conflitos seriam solucionados através de limites iminentes que se imporiam aos direitos. Reduzindo-lhes, a priori, o âmbito normativo, ou através da limitação do âmbito de proteção.

CONCLUSÕES

O presente artigo procurou estabelecer um estudo do regime jurídico dos direitos fundamentais a partir da teoria da norma jurídica proposta por Alexy

com sua diferenciação entre regras e princípios, bem como o tratamento do princípio como norma jurídica.

Como partilhamos da teoria externa para restrição de direitos fundamentais por entender que os direitos fundamentais não de ser concebidos, primordialmente, por princípios, afirmamos que os direitos fundamentais, por terem essa natureza, são mandamentos de otimização que, *prima facie*, devem ser aplicados na maior medida possível.

Com efeito, vimos que, conquanto conspícuos para os indivíduos, já que caudatários da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são passíveis de restrição, seja pela própria Constituição, seja pelo legislador infraconstitucional nos casos autorizados pelo constituinte, seja pelo judiciário em caso de colisão de direitos.

Essas restrições podem advir diretamente da constituição a qual impõe obstáculos aos direitos fundamentais, expressa ou tacitamente, convertendo um direito efetivo em um direito não definitivo, portanto são considerados limites imanentes, pois são limites máximos ao âmbito material regulado pelo direito fundamental que se tem por escopo proteger.

Podem advir, outrossim, de delegação do legislador constituinte que autoriza o legislador infraconstitucional, por meio de cláusulas de reserva explícitas, à restringir o direito fundamental, nesse caso trata-se de restrições indiretamente constitucionais.

E por fim, as cláusulas de reserva implícitas, as quais não se manifestam expressamente, mas afetam as regras permissivas, com o fito de preservar outros bens e direitos protegidos pela Constituição.

Contudo a restrição ao direito fundamental deve preservar um âmbito material mínimo de proteção, ou seja não deve ser de tal forma que retire totalmente o pressuposto de fato encartado na norma de direito fundamental.

Tendo a proteção do núcleo essencial do direito fundamental como um direito individual, a par de ser, outrossim, garantia objetiva, entendemos, de acordo com a teoria relativa, que os princípios fundamentais dependem de conformação com outros direitos e bens, através da utilização da máxima da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade não se trata de conceito puramente abstrato o que o reduziria ao conceito de razoabilidade, mas sim é dissecado em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ante o que foi exposto, concluímos pela possibilidade de restrição a direitos fundamentais, contudo tais restrições sofrem limites no que se refere ao núcleo essencial do direito fundamental.

Dessa forma, a restrição a direito fundamental, ou a colisão de direitos fundamentais, deve-se ter em mente para uma decisão acertada, em casos complexos, como os que envolvem direitos fundamentais, os valores: da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do estado de direito, da democracia e do Estado social.

Portanto, independente da argumentação utilizada, o interprete, pretendo a retidão, deve se valer desses valores para restringir o pressuposto de fato do direito fundamental, caso contrário, será ilegítima, portanto inconstitucional, a intervenção

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1996

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. 5ª Edição, revista, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª Edição. Portugal, Coimbra: Almedina, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.

DIMOULIS, Dimitri, **Dogmática dos Direitos Fundamentais: Conceitos Básicos**. Caderno de Comunicação: Curso de Mestrado em Direito da universidade Metodista de Piracicaba, ano 5, n 2, jan. 2001. Bibliografia: 11-30 *APUD*. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania Social na Constituição 1988 – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

_____. **Direito e Jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **A Proteção Constitucional e Internacional do Direito à Liberdade de Religião**. 1ª. Ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Edição, Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.