

**LIMITES ÀS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**LIMITS TO RESTRICTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS OF
THE 1988 CONSTITUTION**

Marlon Tomazette¹

Laila José Antônio Khoury²

RESUMO

Os direitos fundamentais são uma conquista dos indivíduos contra o eventual abuso do poder estatal e ganha relevância com a sua positivação na Constituição Federal. A força normativa dos direitos fundamentais, concebidos como princípios, estabelece, porém, limites ao seu exercício e à sua efetivação, não se tratando, portanto, de direitos absolutos. A existência de limites estabelecidos na própria Constituição Federal para que os direitos fundamentais sejam simultaneamente protegidos e o seu exercício efetivado esbarra na existência de uma restrição às próprias limitações constitucionais desses direitos, qual seja, o seu núcleo essencial. Embora a Carta de 1988 não contemple expressamente em seu texto a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, é possível inferir a existência de limites aos limites estabelecidos no inciso IV, do §4º do art. 60, da Carta de 1988, uma vez que, na condição de cláusula pétrea, é inegável a existência de limites impostos à atuação do legislador e da Corte Constitucional para proteger e assegurar o

¹ Marlon Tomazette é doutor e mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa. Procurador da Procuradoria Geral do Distrito Federal, advogado, professor titular do Centro Universitário de Brasília, Professor da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

² Laila José Antônio Khoury é advogada, doutoranda em Direito pelo UniCeub com ênfase em Previdência Complementar, graduada em Direito pela UFJF, mestre em Direito pela UCB, LLM em Direito Empresarial e Governança Corporativa pelo IDP, especialista em Mercado Financeiro e de Capitais pela UNB, especialista em Processo Civil pela UDF. Professora de Pós-Graduação nas disciplinas de Gestão de Investimentos das EFPC.

exercício de tais direitos. Devendo tais limites serem observados quando houver conflitos entre direitos fundamentais. Oportunidade na qual o intérprete se utilizará da técnica da ponderação para buscar a melhor decisão para o caso concreto mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus elementos, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, o método dogmático-instrumental por meio de pesquisa bibliográfica foi o utilizado para tal artigo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Restrição aos Direitos. Limites às restrições.

ABSTRACT

Fundamental rights are a conquest of individuals against possible abuses of state power and gain relevance with their positivization in the Federal Constitution. The normative force of fundamental rights, conceived as principles, establishes, however, limits to their exercise and effectiveness, not being, therefore, absolute rights. The existence of limits established in the Federal Constitution itself so that individual rights are simultaneously protected and their exercise made effective collides with the existence of a restriction on the constitutional limitations of these rights, that is, their essential kernel. Although the 1988 Magna Carta does not expressly contemplate in its text the protection of the essential nucleus of fundamental rights, it is possible to infer the existence of limits of the limits in item IV, of §4º of art. 60, of the 1988 Constitution, since as an immutable clause, it is undeniable that there are limits imposed on the acting of the legislator and the constitutional court to protect and ensure the exercise of such rights. Such limits must be observed when there are conflicts between fundamental rights. Opportunity in which the interpreter will use the balancing technique to seek the best decision for the specific case by applying the principle of proportionality and its elements, namely: necessity, adequacy and proportionality in the strict sense. Finally, the dogmatic-instrumental method through bibliographic research was used for this article.

Keywords: Fundamental Rights. Limits of Limits. Restrictions. Reasonableness. Proportionality. Essential kernel.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988. 3. As Restrições e os Limites às Restrições aos Direitos Fundamentais. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são dotados de notável relevância em decorrência especialmente das conquistas do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se encontram devidamente positivados na Constituição Federal de 1988, documento que concretiza os anseios democráticos depois de um período de mais de duas décadas de ditadura militar.

A nova ordem jurídico-constitucional instaurada com a Carta de 1988, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, consolida a garantia aos direitos fundamentais na esfera individual e coletiva. Ademais, a sua aplicação imediata já permite o exercício de tais direitos e implica proteção contra eventuais abusos e arbitrariedades do poder estatal.

Ao vincular a obrigatoriedade de sua observância aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os direitos fundamentais, concebidos como princípios e mesmo diante da sua inegável força normativa, não são, contudo, absolutos.

Assim, o exercício dos direitos fundamentais sofre restrições externas decorrentes da existência de outros direitos e interesses individuais e coletivos também assegurados constitucionalmente. Em outras palavras, embora a existência de limites e o inegável reconhecimento de que esta restrição é importante para proteger e preservar os direitos fundamentais, esses direitos podem sofrer legítimas limitações amparadas pelo próprio Texto Constitucional.

Sendo assim, o escopo do presente trabalho, consiste, simplesmente, em demonstrar que as restrições aos direitos fundamentais estão sujeitas a limites, ao mesmo tempo em que há um limite para o exercício dessa restrição aos direitos fundamentais. E ambas (a limitação e a restrição) encontram fundamento na própria Constituição Federal.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, inaugura o Estado Democrático de Direito fundado, dentre outros, no princípio da dignidade da pessoa humana³ (art. 2º, III), bem como elenca, no título II, os direitos e as garantias fundamentais nas esferas individual e coletiva (art. 5º).

A consolidação dos direitos fundamentais na Constituição Federal revela a sua importância em especial diante do reconhecimento da força normativa das constituições, ocorrido ao longo do século XX⁴, superando-se, assim, uma concepção meramente programática, semântica e de documento político até então conferida às constituições.

Essa evolução é fruto também da constitucionalização do Direito⁵, e com a inclusão dos direitos fundamentais na Constituição Federal verifica-se o notório avanço desses direitos, considerando as duas finalidades relevantes da constituição, quais sejam, “(i) organizar e limitar o exercício do poder político, assegurando o governo da maioria e estabelecendo as regras do jogo democrático; e (ii) definir os direitos fundamentais do povo, instituindo mecanismos para sua proteção” (BARROSO, 2018, p. 44).

³ “E o eixo axiológico dos direitos humanos é sem dúvida o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacionalmente, nos tratados de direitos humanos, quanto no plano interno – em diversas constituições, em especial a brasileiro, que a eleva a princípio fundamental logo no artigo 1º, III, passando a ser núcleo básico e informar de todo o ordenamento jurídico brasileiro”. ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado e direitos fundamentais: uma perspectiva retórico-argumentativa do princípio da ordem pública*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Coordenador: Gustavo Binenbojm. Volume XII. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 8.

⁴ “A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do maio longo período de estabilidade política da história do país”. BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 5ª reimpressão. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2018, p. 193 e 209.

⁵ “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o constitucionalismo, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX”. BARROSO, Luis Roberto. *Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 17, nº 200, p. 9-17, out/2017, p. 9.

A aplicação dos direitos fundamentais é imediata e direta, nos termos do §1^{o6} do art. 5^o da Constituição Federal, alcançando a todos indistintamente, seja nas relações privadas, seja nas relações com o Estado, uma vez que a sua eficácia não está condicionada a atos futuros do Poder Legislativo. A eficácia imediata dos direitos fundamentais, nas palavras do professor Daniel Sarmiento, “pode gerar obrigações positivas ou negativas para os indivíduos e não só para os poderes públicos, sempre no afã de proporcionar uma proteção mais completa à dignidade humana” (2009, p. 144).

A conceituação de direitos fundamentais não é unívoca na doutrina, em razão dos seus aspectos históricos, seja por conta da sua similitude com os direitos humanos, seja em razão do contexto jurídico no qual estão inseridos, dentre outros. Para J.J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais “são sempre direitos *prima facie* (...) normas dos direitos fundamentais são entendidos como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e a respetiva situação fática” (2003, p. 1274).

Bodo Pieroth, por sua vez, afirma que

“por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado; a liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, na evolução alemã, também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são outorgados pelo Estado” (2012, §43).

A doutrina concebe também que os direitos humanos⁷ como fonte de inspiração dos tópicos dos direitos fundamentais, uma vez que estes, em linhas gerais, consubstanciam o princípio da dignidade humana. “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES, 2007, p. 227).

O professor Luís Roberto Barroso, por sua vez, entende que os direitos fundamentais “são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a posituação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por

⁶ “art. 5^o (...). § 1^o As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

⁷ De acordo com o professor Luís Roberto Barroso, os direitos humanos são dotados de fundamentalidade material, têm dimensão jusnaturalista, não dependem da institucionalização para terem validade e são reconhecidos (e não concedidos). *In Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8^a edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 491.

previsão expressa ou implícita no texto constitucional ou no chamado bloco de constitucionalidade”(BARROSO, 2019, p. 492).

Com base nos conceitos acima transcritos, é possível inferir que não há uma conceituação uníssona na doutrina sobre direitos fundamentais. Não obstante, o legislador constituinte originário, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, positivou os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Assim, o exercício desses direitos deve ser assegurado pelo Estado, inclusive para que o seu exercício não sofra restrições abusivas ou arbitrárias. Daí a existência de uma Corte Suprema, presente na maioria das democracias atuais (BARROSO, 2019, p. 9), para dirimir eventuais conflitos decorrentes dos meios necessários para efetivar ou proteger o exercício dos direitos fundamentais.

De fato, a existência de cortes constitucionais se faz necessária porque não se está diante de uma democracia ideal. Na visão de Robert Alexy, se a democracia fosse ideal, sequer haveria conflitos entre direitos fundamentais e democracia⁸ (soberania popular) porque os direitos fundamentais seriam sempre respeitados. Contudo, a realidade política é outra e diante dos conflitos existentes entre eles, a corte constitucional desempenha necessário e relevante papel no controle de constitucionalidade (2014, p. 318). Neste aspecto, em nossa sociedade, o Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição Federal, tem assegurado o respeito às regras democráticas e primado pela proteção aos direitos fundamentais (BARROSO, 2018, p. 44), que se inserem no conceito de democracia⁹.

⁸ “A luta pela abolição dos privilégios, os quais em geral beneficiam pequenos grupos, politicamente influentes, a defesa das minorias políticas (que podem representar número considerável da população) frente à “vontade” da maioria política (que pode ser parcela mínima do povo), a possibilidade de sobrevivência de facções, correntes ou partidos dissidentes e de oposição, são fenômenos que mostram o crescimento da liberdade não só física como, em especial, de consciência, de pensamento e de manifestação pelo voto, dentro de uma acepção mais concreta de democracia”. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. In *Tratado de direito constitucional*. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125.

⁹ Atualmente a democracia apresenta as dimensões representativa, constitucional e deliberativa: a escolha feita pelos cidadãos, por meio do voto, dos seus representantes no Poder Legislativo e dos seus governantes no Poder Executivo (democracia representativa); a limitação da titularidade dos direitos fundamentais conferidas às pessoas (democracia constitucional) e a extensão do debate ao logo do exercício dos mandatos feitos pelos diversos segmentos da sociedade ao expor as suas razões, concepções e argumentos sobre determinado tema a fim de apontar as possíveis linhas a serem seguidas (democracia deliberativa). BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 503.

Sobre as características dos direitos fundamentais, na linha do professor Gilmar Mendes (2007, p. 229-242)¹⁰, não é tarefa simples traçá-las, uma vez que não há uniformidade a respeito, afinal as peculiaridades de cada Estado, com sua história, cultura, não permitem conferir a tais direitos uma significação concreta. Não obstante, dentre as características que lhe são atribuídas com mais frequência, destacam-se o caráter universal¹¹, o caráter histórico que decorre da sua própria natureza, vez que esses direitos podem surgir ou ser modificados em determinada época, a inalienabilidade/indisponibilidade, a constitucionalização e a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a tais direitos e, por fim, aplicação imediata (§1º do art. 5º da CF/88).

Diante dessas características que são mais comuns e diferentemente dos direitos humanos que têm caráter universal, supranacional e que estão consolidados, regra geral, em Tratados, é pertinente conceber que direitos fundamentais “são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra” (MENDES, 2007, p. 223).

Essa perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais justifica e legitima, inclusive, “restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos” (MENDES, 2007, p. 256).¹² Nessa perspectiva, os direitos fundamentais irradiam para todo o ordenamento jurídico e são uma diretriz à atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, funcionando, na sua origem, como um direito de defesa.

Mesmo diante da sua relevância e da sua força normativa, os direitos fundamentais não são absolutos e estão sujeitos a restrições especialmente para garantir

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p 229-242.

¹¹ De acordo com Gilmar Mendes não é apropriado afirmar que todas as pessoas são titulares de todos os direitos fundamentais e que basta a condição de ser humano para ser titular de tais direitos. Isto porque há direitos fundamentais que são específicos e alcançam/interessam a determinado grupo de pessoas, tal como é o caso dos direitos nos trabalhadores diferentemente do direito à vida. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p 230.

¹² O mesmo autor destaca também a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais que “é mais afeiçoada às suas origens históricas e às suas finalidades mais elementares. (...), ela convive com a dimensão objetiva – ambas mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco” (MENDES, 2007, p. 256).

o seu efetivo exercício nos moldes objetivados pelo constituinte originário, conforme será exposto adiante.

3. AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A delimitação dos direitos fundamentais objeto da proteção constitucional estabelece a necessidade de levar em consideração os seus aspectos intrínsecos e extrínsecos. A amplitude, o caráter plural e abstrato dos direitos fundamentais e a sua própria conformação na Constituição são concebidos como aspectos intrínsecos ou limites imanentes¹³. Para que seja possível estabelecer o alcance de determinado direito fundamental à luz da pluralidade e variedade de outros direitos fundamentais, tais direitos se sujeitam aos limites extrínsecos necessários para viabilizar a coexistência entre direitos fundamentais. Esses limites podem advir da Constituição e também de atos legislativos, judiciais ou administrativos, devendo, porém, tais restrições ter, obrigatoriamente, fundamento constitucional.

Os limites representam “uma redução ou uma delimitação por parte do Estado, sempre que o particular é por este impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental” (PIEROTH, 2012, §223).

A Constituição Federal confere proteção aos direitos fundamentais e igualmente estabelece limites à atuação do legislador com a finalidade de não frustrar a sua efetivação¹⁴. Isto porque “a restrição ao exercício de um direito fundamental constitui limitação da esfera de proteção ou pressuposto de fato desse direito” (ARAGÃO, 2011, p. 263). Assim, a existência desses limites visa restringir a possibilidade de o legislador

¹³ “Tais limites imanentes consistem, na verdade, na conformação do conteúdo do direito a fronteiras ditadas pelo sentido das palavras, a convivência com outros interesses constitucionalmente protegidos, a finalidade das normas e um sendo geral de razoabilidade. Uma vez estabelecidos os contornos do direito, já se terá o conteúdo a ser protegido e implementado. Porém, esse direito, que tem a pretensão de prevalecer integralmente, sujeita-se, ainda, a eventuais limites externos”. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 508.

¹⁴ Sendo válido rememorar que há limites também estabelecidos para os membros da própria sociedade, com origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ocorrida durante a Revolução Francesa em 1789. “Art. 4º 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 aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas poder ser determinados por lei”.

limitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Sendo, portanto, um balizador da atuação legislativa.

De acordo com o texto constitucional vigente, é possível classificar/sistematizar (FARIAS, 2000, p. 69-73) as restrições aos direitos fundamentais em três modalidades. As restrições são diretamente constitucionais quando já estão contempladas no próprio texto constitucional. Assim, a Constituição, ao mesmo tempo em que positiva determinado direito, já o restringe para proteger outros direitos ou valores, conforme se verifica nos incisos XI e XVII, do art. 5^o¹⁵, da CF/1988.

Há também as restrições indiretamente constitucionais, que são aquelas que não estão previstas nos preceitos normativos que protegem os direitos fundamentais, mas o legislador constituinte originário deferiu expressamente ao legislador infraconstitucional a possibilidade de estabelecer restrições. Essas restrições podem ser por meio de reserva de lei restritiva simples ou qualificada. Na primeira modalidade, a Constituição autoriza a restrição sem determinar ou fixar quaisquer requisitos para tal, como por exemplo o inciso LVIII do art. 5^o¹⁶, da CF/1988. Já na reserva de lei restritiva qualificada, os requisitos ou as condicionantes estão dispostos no próprio texto constitucional e devem ser observados pelo legislador ordinário, como é o caso do inciso XXIV do art. 5^o¹⁷, da CF/1988.

Existem, ainda, as restrições tácitas ou implícitas, através das quais os Poderes Legislativo e Judiciário estão autorizados a definir as restrições, as condições para o exercício de determinado direito, o seu âmbito de incidência com o objetivo de mitigar conflitos ou resolvê-los, nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, como por exemplo, o conflito entre o direito de liberdade de expressão e informação e o direito à privacidade, nos termos dos incisos IX e X do art. 5^o¹⁸, da CF/1988, respectivamente.

¹⁵ “Art. 5^o (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...); XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

¹⁶ “Art. 5^o (...) LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”

¹⁷ “Art. 5^o (...) XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

¹⁸ “Art. 5^o (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

Com base no exposto, verifica-se que, de fato, os direitos fundamentais são passíveis de restrição¹⁹. Tais restrições, contudo, são limitadas. Assim, a atuação do legislador não deverá desbordar o núcleo essencial dos direitos fundamentais denominado limite dos limites. Logo, a limitação aos direitos fundamentais também se sujeita a limites e a limitação a tais direitos devem observar determinados critérios e determinadas condições a fim de que, a pretexto de protegê-lo, não seja determinado direito violado.

O núcleo essencial do direito fundamental estabelece uma espécie de garantia absoluta e plena ao mínimo desse direito, que visa “evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à mercê do legislador” (DEMARCHI, 2015, P. 84). Assim, os direitos fundamentais não podem ser restringidos em sua essência porque se for deixará de ser direito fundamental²⁰.

4. OS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O poder estatal, então, ao limitar determinado direito, apenas deverá fazê-lo se houver expressa autorização constitucional para tal. Essa restrição deve, ainda, ser na exata medida do necessário para proteger outros direitos assegurados constitucionalmente, tendo como foco a efetivação, concretização e preservação dos direitos fundamentais. Embora a compreensão do que seja núcleo essencial do direito possa ser, de certa forma, até intuitiva, a sua conceituação e a definição do seu conteúdo têm sido objeto de estudos e teorias.²¹

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁹ É válido ou legítimo afirmar que essas restrições têm um regime jurídico diferenciado e é interessante destacar as peculiaridades que conferem aos direitos fundamentais um regime jurídico diferenciado com fundamento na própria Constituição Federal. São eles: a oponibilidade desses direitos às maiorias políticas, uma vez eu não dependem da autorização do legislador ou do processo político majoritário para serem efetivos e não se sujeitam à supressões (art. 60, §4º) (b) tem aplicabilidade direta e imediata, salvo quando as prestações são positivas e neste caso a sua implementação estará sujeita às escolhas políticas e de alocação de recursos e (c) abertura do catálogo de direitos fundamentais previstos na Carta de 1988; esses direitos são implícitos e deduzidos dos múltiplos princípios. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 501-505.

²⁰ Com base na teoria subjetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

²¹ De maneira bem simplificada, as teorias objetiva e subjetiva discorrem sobre o objeto do núcleo essencial e as teorias relativa e abstrata estudam o valor do núcleo essencial. Considerando que o tema é relativamente recente, que não há posições antagônicas entre as teorias face à complementariedade existente entre elas e diante da limitação do presente trabalho, tais teorias não serão abordadas no presente artigo.

A Constituição Federal não contém dispositivo que expressamente confere proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Contudo, essa proteção se faz necessária porque “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (MENDES, 2007, p. 306) do legislador. O núcleo essencial do direito fundamental está relacionado a uma parcela mínima que está blindada da atuação do legislador e não pode ser suprimida (BARROSO, 2019, p. 513) para que seja viável a preservação da essência (esfera mínima) do direito fundamental do indivíduo²².

Embora a Constituição Federal não consagre expressamente a proteção ao núcleo essencial do direito fundamental tais como as constituições alemã, portuguesa, espanhola e suíça²³, há, porém, o inciso IV do §4º do art. 60²⁴, da CF/88, que torna os direitos fundamentais insuscetíveis de supressão. Esse dispositivo constitucional impõe

²² Neste sentido, oportuna transcrição da Ementa da ADI 5104-DF, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que decidiu pela preservação do núcleo essencial do direito fundamental. “Ementa: RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. **Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório.** 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*”. – Sem grifo no original. *In* <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552009>. Acesso em 05 de abril de 2023.

²³ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019, BARROSO, p. 513.

²⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

um limite ao legislador, uma vez que o ordenamento pátrio proíbe emendas constitucionais que tendam à abolição dos direitos e garantias individuais.

Neste aspecto, pode-se depreender que a Constituição Federal, de certa forma, conferiu proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, afinal, mesmo por meio do processo legislativo mais rigoroso conferido às emendas constitucionais, não é dado ao legislador criar mecanismos destinados a violar tais direitos ou agir arbitrariamente. Pelo contrário, a inclusão dos direitos fundamentais como cláusula pétreia visa assegurar a proteção e a eficácia ao exercício desses direitos.

Por fim, é inegável concluir que os direitos fundamentais sofrem limites decorrentes da existência de outros direitos fundamentais e dos interesses coletivos que também estão sob a proteção da Constituição. Na linha exposta pelo professor Luís Roberto Barroso, é permitido, então, ao Poder Legislativo atuar para buscar a sua proteção mediante a elaboração de leis que restringirão o exercício de tais direitos e (b) ao Poder Judiciário ponderar diante dos conflitos entre direitos fundamentais, concebidos como princípios face a sua estrutura normativa e aplicação imediata. “Tanto a legislação quanto a ponderação estão sujeitas aos princípios ou máximas da proporcionalidade e da razoabilidade” (2013, p. 510), preservando-se, assim, o núcleo essencial do direito fundamental.

Conforme já exposto acima, o direito fundamental, concebido como *prima facie* pode colidir com outro direito fundamental e, considerando que tais direitos são considerados princípios, um deverá prevalecer sobre o outro sem que implique invalidação ou nulidade do direito preterido. Ao estabelecer a prevalência de um direito sobre o outro, faz-se o juízo de ou utiliza-se a técnica da ponderação, que implica reconhecimento de que os princípios podem ter, à luz do caso concreto, “pesos abstratos diversos” (MENDES, 2007, p. 245).

A técnica da ponderação compreende um *iter* lógico de desenvolvimento da solução proposta conferida ao intérprete com o propósito de saber o racional da linha argumentativa apresentada por ele diante da colisão identificada. Neste percurso, o intérprete, ao fazer as escolhas, há de buscar o menor sacrifício possível entre os princípios envolvidos. Sendo possível conceber esse processo em três fases, segundo as quais o intérprete,

“(i) na primeira, ele identifica as normas que postulam incidência sobre o caso concreto; (ii) na segunda, ele identifica os fatos relevantes; e (iii) na terceira, testa as soluções possíveis, atribuindo pesos aos diversos elementos em disputa, na busca da solução constitucionalmente mais adequada” BARROSO, 2013, p. 510).

Intimamente ligada à técnica da ponderação, está o princípio da proporcionalidade²⁵. Esse princípio é importante porque se caracteriza como mecanismo apto a verificar se as restrições aos direitos fundamentais são ou não legítimas BARROSO, 2013, p. 512). Seja como elementos ou subprincípios, a proporcionalidade engloba a análise (a) da adequação a fim de aferir se as medidas determinadas são as adequadas, as necessárias, idôneas para atingir o objetivo pretendido; (b) da necessidade da medida adotada para verificar se não há nenhuma outra forma menos gravosa para que o resultado pretendido seja alcançado e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, resultado da ponderação/equilíbrio entre a medida adotada e os fins perseguidos. Sendo que neste aspecto específico, essa proporcionalidade seria um “controle de sintonia fina (*stimmigleiskontrolle*), indicado a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão (MENDES, 2007, p. 222-223).

Por fim, é possível inferir que mesmo diante da existência de um *iter* lógico e revestido de racionalidade e transparência que compõe a técnica da ponderação, não é possível afastar completamente a margem de subjetividade nas soluções apresentadas face às colisões existentes entre os direitos fundamentais. Não obstante, a ponderação, como técnica de decisão jurídica que surgiu como necessidade de uma solução constitucionalmente adequada e que tem fundamentado, inclusive, as decisões do Supremo Tribunal Federal, é concebida como a técnica indispensável à solução dos conflitos normativos mesmo não sendo unânime na doutrina (BARROSO, 2020, p. 318-321).

4. CONCLUSÃO

²⁵ “São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito”. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 319.

O presente estudo demonstrou que os direitos fundamentais estão sujeitos à limites extrínsecos, vez que são necessários para viabilizar a coexistência entre direitos fundamentais. Para que seja legítima essa limitação, é necessário que esse limite tenha fundamento constitucional. Isto porque, ao estabelecer limites à atuação do legislador e também do aplicador do direito, busca-se não só proteger como também assegurar o exercício desse direito fundamental.

A existência de restrições constitucionais - direta, indireta ou tácita/implícita -, embora legítimas, não são ilimitadas. Assim, a atuação do legislador circunscreve-se ao núcleo essencial dos direitos fundamentais denominados limites dos limites.

Logo, a limitação aos direitos fundamentais também se sujeita a limites e a limitação a tais direitos está adstrita à preservação do núcleo essencial do direito, que corresponde a uma parcela mínima que não pode ser suprimida e que está blindada da atuação do legislador.

Neste contexto, infere-se que a proteção constitucional ao núcleo essencial do direito fundamental está assegurada no inciso IV, do §4º, do art. 60, da Carta de 1988. Embora essa proteção não esteja expressamente prevista na Constituição, é inegável que o referido dispositivo lhe confere proteção e impõe um limite evidente ao legislador porque este dispositivo é também cláusula pétrea. Tem-se, portanto, assegurada a proteção e as condições de eficácia ao exercício desses direitos face à previsão dessa restrição aos limites dos direitos fundamentais.

Por fim, tem-se que os limites constitucionais devem ser observados mesmo quando o intérprete se vale da técnica da ponderação para solucionar conflitos entre direitos fundamentais. Ligada à ponderação, o princípio da proporcionalidade, com os seus elementos necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, permitem conduzir o intérprete na busca de uma solução constitucionalmente adequada e necessária para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Gen, Forense universitária, 2014.

- ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Choque entre direitos fundamentais*. Revista de Informação Legislativa do Senado. Brasília a. 48, nº 189 - Jan/Mar/2011 p. 259-268.
- ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado e direitos fundamentais: uma perspectiva retórico-argumentativa do princípio da ordem pública*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Coordenador: Gustavo Binbenbajm. Volume XII. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p 3-34.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2020.
- _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 5ª reimpressão. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2018, p. 193 e 209.
- _____. *Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Fórum Administrativo. Belo Horizonte, ano 17, nº 200, p. 9-17, out/2017, p. 9.
- _____. *Trinta anos da constituição: a república que ainda não foi*. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, [S. l.], v. 1, n. 2, 2018.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márico Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003.
- DEMARCHI, Clovis. *Teoria dos limites dos limites: análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Minas Gerais, volume 1, número 2, p. 73-89. Jul-Dez/2015.
- FARIAS, Edilson. *Restrição de direitos fundamentais*. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 67–82, 2000.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Limitações constitucionais ao poder de tributar. Tratado de direito constitucional*. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121-257.

GENRO, Tarso. *Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito. Tratado de direito constitucional*. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p.08-139.

KANAYAMA, Rodrigo Luis. *Limites às restrições aos direitos fundamentais na atividade de investigação do Poder Legislativo*. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A era dos direitos de Bobbio: entre a historicidade e a atemporalidade*. Revista de Informação Legislativa do Senado. Brasília a. 48, nº 192 – Out/Dez/2011 p. 7-19.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais. In Tratado de Direito Constitucional*. Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. P 252-304.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Restrições aos direitos fundamentais*. Revista Direitos Humanos Fundamentais. Osasco/SP, ano 16, número 2, p. 153-166. Jul-Dez/2016.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, § 43

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais de uma teoria*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Coordenador: Gustavo Binenbojm. Volume XII. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p 297-332.