

A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE APPLICATION OF THE THEORY OF THE LIMITS OF LIMITS TO FUNDAMENTAL RIGHTS BY THE SUPREME FEDERAL COURT

Daniilo Henrique Nunes^I 

Carlos Eduardo Montes Netto^{II} 

Sebastião Sérgio Silveira^{III} 

^I Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil; Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos, Barretos, SP, Brasil e Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania. E-mail: dhnunes@hotmail.com

^{II} Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania. E-mail: carlosmontes3@hotmail.com

^{III} Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: sebastiao_silveira@hotmail.com

Resumo: É sabido que não existem garantias ou direitos absolutos, sendo possível a adoção de medidas restritivas de liberdades individuais ou coletivas. Neste sentido, o presente artigo teve por objeto a análise da teoria dos limites às restrições de direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, justificando-se diante da ausência de disposição expressa para solucionar eventual colisão desses direitos na Constituição Federal de 1988. Visando alcançar esse propósito, decompôs-se a pesquisa em três estágios, quais sejam: o reconhecimento e a evolução dos direitos fundamentais no decorrer da história; a possibilidade da restrição aos direitos fundamentais, mediante a regulação do direito pela atividade legislativa; as limitações impostas pelos valores constitucionais e a adoção, pela doutrina e jurisprudência pátria, da teoria dos limites dos limites, que deve balizar a ação do legislador quando da restrição dos direitos individuais. Utilizou-se do método dedutivo de pesquisa. Elaborou-se um estudo contemplando uma análise doutrinária e a apreciação de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo que é inarredável a proteção de um núcleo essencial do direito fundamental sob a óptica da proporcionalidade dessas restrições.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Proporcionalidade; Teoria dos limites dos limites.

Abstract: It is known that there are no guarantees or absolute rights, and it is possible to adopt measures that restrict individual or collective prerogatives. In this sense, this article aimed at the analysis of the theory of limits to fundamental rights restrictions by the Supreme Federal Court, justifying itself in the absence of an express provision to resolve any collision of these rights in the 1988 Federal Constitution. Aiming to achieve this purpose, the research was broken down into three stages, namely: the recognition and evolution

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i39.444>

Recebido em: 27.06.2021

Aceito em: 21.07.2021



of fundamental rights throughout history; the possibility of restricting fundamental rights, by regulating the law by legislative activity; the limitations imposed by constitutional values and the adoption, by doctrine and domestic jurisprudence, of the theory of limits of limits, which should guide the action of the legislator when restricting individual rights. The deductive research method was used. A study was prepared including a doctrinal analysis and the assessment of cases judged by the Supreme Federal Court, concluding that the protection of an essential core of fundamental law from the perspective of the proportionality of these restrictions is unavoidable.

Keywords: Fundamental rights; Proportionality; Boundary theory.

1 Introdução

O estágio atual do Direito Constitucional decorre, notadamente, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo central dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito. Sendo a Constituição Federal uma norma fundamental e suprema, reconhece-se a importância de nela serem resguardados os valores fundamentais à existência humana, a fim de evitar modificações circunstanciais tendentes à redução ou à aniquilação desses direitos. Mesmo assim, revela-se inegável a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, mediante a regulação do direito pela atividade legislativa, que recebe o nome de poder de conformação.

Nessa perspectiva, o poder de conformação do legislador não é irrestrito, na medida em que está submetido às próprias limitações constitucionais. Há um dever implícito de preservar as garantias constitucionais, não se podendo suprimi-las ou, tampouco, restringi-las de forma a nulificar o próprio direito garantido. Vale ressaltar que a par dessa limitação, verifica-se, ainda, o dever de legislar, isto é, de densificar, concretizar os direitos fundamentais que demandam regulamentação para o seu exercício.

No entanto, referida restrição pelo legislador é limitada pelo denominado “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*)¹, que decorre da necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, bem como a proporcionalidade dessas restrições. Neste sentido, visa-se no presente a análise da aplicação dessa teoria pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de limitar a atuação do poder legislativo infraconstitucional que poderia conduzir ao esvaziamento do conteúdo do direito fundamental. Neste cenário, utilizou-se o método dedutivo de pesquisa, a partir da apreciação da doutrina e de casos julgados pelo Pretório Excelso, que estabeleceram balizas à essa atuação legislativa, quais sejam a proteção de um núcleo essencial e a submissão à proporcionalidade.

1 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 34.

2 Os Direitos Fundamentais

A despeito da utilização de diversas designações para se referir aos direitos fundamentais², é prevalecente o entendimento de que a nota de fundamentalidade desse direito está intrinsecamente relacionada com o princípio da dignidade humana³⁻⁴, assegurando, mormente, o respeito à vida, à liberdade, ao postulado da igualdade, à segurança, à integridade física e psíquica do ser humano.

Destarte, os direitos e garantias fundamentais, em sua acepção material, são valores conferidos ao ser humano que devem ser desvendados, em cada momento histórico, a partir da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, no ordenamento pátrio, os direitos fundamentais têm como característica a constitucionalização⁵⁻⁶⁻⁷. Esse atributo tem como implicação a observância e a limitação dos poderes constituídos⁸. Da mesma maneira, no escólio de Paulo Gustavo Gonet Branco, no constitucionalismo idealizado por Locke e Montesquieu os poderes públicos são constrangidos a reprimir os governantes, impondo o uso da moderação.⁹ Ademais, a característica marcante dos direitos fundamentais é a sua aplicação direta e imediata, independentemente da atuação do Poder Legislativo para torná-los eficaz. Supera-se, desse modo, a concepção de Estado de Direito formal, em que a eficácia dos direitos fundamentais depende da regulação pelo legislador. Assim, a Constituição, expressão da soberania popular

- 2 O termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Já a expressão “direitos humanos” possui relação com os documentos de direito internacional, independentemente de vinculação com determinada ordem constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29).
- 3 A dignidade humana percorreu um largo caminho até assumir os contornos atuais (HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003. Tradução de: Joaquín Brage Camazano, p. 41).
- 4 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003. Tradução de: Joaquín Brage Camazano, p. 105.
- 5 Walber de Moura Agra observa que a relevância dos direitos fundamentais constitui uma unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, representando a principal característica das Constituições atuais (AGRA, Walber de Moura. *Direitos Fundamentais e Legitimação da Jurisprudência*. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves et al (Org.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, p. 83).
- 6 Para Ingo Wolfgang Sarlet, foi isenta de dúvidas a intenção do Constituinte de conferir aos princípios fundamentais o status de normas fundamentadoras e informativas de toda a ordem constitucional (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63).
- 7 Gilmar Ferreira Mendes assenta que os direitos fundamentais são elementos que integram a identidade e a continuidade da Constituição e por isso é ilegítima qualquer reforma constitucional que intente suprimi-los (MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <sataticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisMúltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019).
- 8 Como asseveram Bodo Pieroth e Bernhard Schlink que o Estado não pode fazer uso arbitrário das suas competências legislativas, administrativas e jurisdicionais (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, p. 47).
- 9 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites*. 2008. 393 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/5128>. Acesso em: 12 nov. 2019, p. 27.

através do poder constituinte originário, independe da atuação do legislador para a produção de seus efeitos, como estatui o art. 5º, § 1º, da CF.

Entretanto, não se pode concluir que toda norma constitucional é autoaplicável, como ocorre, aprioristicamente, com os direitos sociais cuja eficácia depende da atuação do Poder Público. Ou, ainda, a necessidade de edição de normas processuais para a solução de conflitos por parte do Estado, como ocorre no âmbito civil e penal¹⁰. Neste sentido, observa-se que a eficácia das normas constitucionais está intrinsecamente relacionada com a normatividade ou densidade conferida pela Constituição Federal. A força normativa da Constituição traz como corolário o reconhecimento da eficácia¹¹ e aplicabilidade¹² de suas normas jurídicas, de forma obrigatória e vinculante ao Poder Público¹³.

3 A atual dogmática constitucional

O fim da Segunda Guerra Mundial possibilitou o surgimento de um novo modelo de Estado baseado no reconhecimento da força normativa da Constituição, no desenvolvimento da teoria dos princípios, reconhecendo-lhes eficácia normativa, na transformação da hermenêutica jurídica, na expansão e consagração dos direitos fundamentais e na ampliação da soberania popular.

Nesse cenário, verifica-se a superação do Estado fundado na lei, associado ao “império da lei”¹⁴, para reconhecer o Estado Constitucional, baseado na supremacia da Constituição, dotada de valores morais e políticos. A Constituição, como valor jurídico, é um instrumento de limitação do poder, principalmente, por se delimitar os poderes em um documento vinculante, cuja alteração demanda um processo mais dificultoso e solene, acentua a superioridade dada à mesma.

10 A exemplo do art. 5º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988.

11 Segundo José Afonso da Silva, a eficácia do direito deve ser analisada sob dois aspectos, quais sejam a eficácia social e a eficácia jurídica: “A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada [...] É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 65-66).

12 “[...] eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; está como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 59).

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 237.

14 No sentido de que a lei editada pelo Poder Legislativo era a fonte principal do Direito, não se atribuindo força normativa às constituições. Exemplo clássico dessa concepção pode ser visualizado na Revolução Francesa (1789) em que foi assentada a ideia de que a lei refletia a expressão da vontade do povo. Como consequência, houve um fortalecimento do Parlamento na Revolução Francesa, o qual fortalecido em face do rei, preponderava sobre os demais.

Assim, como resultado, criaram-se condições necessárias para o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (*judicial review*).

A despeito da hodierna concepção doutrinária e jurisprudencial acerca da força normativa da Constituição, as normas constitucionais eram consideradas, até meados do século XX, como normas programáticas que deveriam inspirar a atuação do legislador. Nesse sentido, a efetividade dos direitos constitucionais demandaria a previsão legal¹⁵⁻¹⁶. Consoante leciona Flávia Piovesan¹⁷, são precedentes históricos da moderna sistemática de proteção dos direitos humanos o Direito Humanitário¹⁸, a Liga das Nações¹⁹ e a Organização Internacional do Trabalho²⁰ que redefiniram “o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional”²¹. Nessa vertente, registra a autora a necessidade de “reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável”²² e “orientar a ordem internacional contemporânea”²³. Há, desse modo, uma transformação da hermenêutica jurídica, tendo em vista que os princípios, considerados como técnica de integração do Direito, tornaram-se norma jurídica.

Nessa perspectiva, a dogmática brasileira destaca os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Contrapondo-se aos critérios quantitativos tradicionalmente propostos no que tange à

- 15 Como assevera Daniel Sarmiento: “O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar o papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-131, 2009. Jan./mar. Disponível em: <<http://bdjur.tjdf.tj.usp.br/xmlui/handle/123456789/4068>>. Acesso em: 29 out. 2019).
- 16 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985, p. 41.
- 17 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.
- 18 “É o Direito que se aplica na hipótese de guerra, no intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de direitos fundamentais [...] o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, ainda que na hipótese de conflito armado” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170).
- 19 “Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Liga das Nações tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política dos seus membros [...] Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos direitos humanos” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170).
- 20 “[...] também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170).
- 21 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.
- 22 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.
- 23 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

diferenciação entre princípios²⁴ e normas²⁵, Dworkin estabeleceu um novo critério distintivo, não com base em elementos quantitativos, mas sim com fulcro em elementos qualitativos, eis que às regras aplica-se o critério do tudo ou nada²⁶, enquanto que aos princípios aplica-se a ponderação²⁷⁻²⁸. Desse modo, se a regra é válida e se subsume ao caso (suporte fático), deve ser aplicada, afastando-se a aplicação das demais regras (*rules are applicable in all-or-nothing fashion*).

Não se ignora a polêmica de que as perspectivas de Dworkin e Alexy seriam objeto de confusão e o erro recorrente no direito brasileiro, por fazer uma mistura e uma caricatura de ambas, que seriam radicalmente antagônicas, considerando que o primeiro não endossaria a ponderação do segundo, empregando Dworkin a palavra “ponderação” no sentido de “reflexão” e não a aplicação gradual de princípios, já que o referido autor não acredita na tese de colisão de direitos defendida neste trabalho. A aplicação da teoria de Alexy e da tese axiológica dos direitos ainda é criticada pela desnaturação do conteúdo deontológico dos direitos, que não seria suficiente para justificar uma teoria da decisão, que não resistiria às críticas de Kelsen, fugindo uma análise mais detalhada do assunto aos limites fixados nesta pesquisa, que se propõe a analisar a teoria dos limites dos limites na jurisprudência do Pretório Excelso, que não segue o próprio Alexy²⁹.

Feito esse apontamento, os princípios, por sua vez, podem ser aplicados sem que os demais sejam afastados, visto que há uma ponderação de interesses na sua aplicação. Nessa esteira, os princípios são avaliados pelo balanceamento ou sopesamento³⁰, isto é, com base na sua dimensão ou importância. No cenário em que a Constituição é “sistema normativo aberto de princípios e regras”³¹, reconhece-se a importância da atividade jurisdicional para a constitucionalização da ordem jurídica. De forma que as atuais constituições, ao consagrarem pluralidade de valores axiológicos, tornam frequentes o surgimento de antinomias jurídicas³², fazendo-se mister a atuação do Poder Judiciário com o escopo de solucionar o conflito.

24 São normas que estabelecem que algo seja implementado na maior medida do possível, observando as possibilidades fáticas e jurídicas, constituindo comandos de otimização (ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, p. 132).

25 São comandos definitivos que proíbem ou permitem algo. Sua forma de aplicação é a subsunção (ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, p. 131-132).

26 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Nelson Boeira, p. 39.

27 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Nelson Boeira, p. 71.

28 Para Alexy, na colisão de princípios, deverá prevalecer aquele com “maior peso”, mas a ponderação não exclui o princípio com menor peso (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89).

29 Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, São Paulo, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

30 Alexy ensina que o sopesamento é realizado em três fases: grau de afetação de ausência de satisfação de um dos princípios; relevância de satisfação do princípio colidente; e se a satisfação do princípio justifica a afetação do outro (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã, 2. ed. brasileira, São Paulo: Malheiros, 2015).

31 Um sistema regido exclusivamente por regras inviabilizaria a resolução de todos os conflitos, notadamente os denominados “hard cases”, seja por não haver expressa previsão legal, seja por impossibilitar a utilização da técnica de ponderação. Outrossim, um sistema constituído apenas por princípios geraria uma situação de insegurança jurídica, tendo em vista que não há uma previsibilidade objetiva e clareza acerca da solução do conflito.

32 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao*

4 Das limitações dos Direitos Fundamentais

O exercício dos direitos fundamentais pode conduzir a um conflito entre direitos constitucionais.³³ Nesse cenário é que se faz necessária a definição do âmbito ou núcleo de proteção desses direitos. Ademais, a determinação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais demanda a identificação dos bens jurídicos tutelados e a amplitude dessa proteção, cuja verificação exige a análise do caso em concreto, porquanto não se pode afirmar, peremptoriamente, se um bem estaria assegurado por um determinado enunciado normativo.

É inegável a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais³⁴⁻³⁵, consoante ressalva prevista expressamente no texto constitucional acerca da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas³⁶, haja vista ser possível a violação, no último caso, se houver ordem judicial fundamentada na Lei nº 9.296/96, isto é, se se tratar de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, com indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, e a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão, ou na hipótese da liberdade de exercício profissional³⁷ que, aprioristicamente, permite o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Contudo, a lei pode prever certos requisitos para que seja possível o seu exercício. Como exemplo, citam-se as profissões regulamentadas, como a advocacia (Lei nº 8.906/94), corretor de imóveis (Lei nº 6.530/78), corretor de seguros (Lei nº 4.594/64), médico e as restrições impostas ao direito de reunião³⁸, com o estabelecimento de condições como a finalidade pacífica, a ausência de armas, que seja realizado em locais abertos ao público, não frustre outra reunião anteriormente convocada para o local, a liberdade de associação, desde que seja para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar³⁹, entre diversos outros dispositivos constitucionais no mesmo sentido.

Por outro lado, o tema assume maior relevância quando o conteúdo e efetividade do direito constitucional requer a edição de uma norma legal a fim de concretizar o direito⁴⁰, como

estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 224-225.

33 Diante da multiplicidade de direitos que compõem o ordenamento jurídico, as colisões são muitas e inevitáveis (SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. *A colisão dos direitos fundamentais de reunião e de locomoção a partir das manifestações de rua*. 2016. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19252#preview-link0>>. Acesso em: 13 nov. 2019, p. 94).

34 Apesar de não existir dúvidas sobre o efeito vinculante dos direitos fundamentais, a lei poderá estabelecer restrições ao âmbito de proteção desses direitos (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 33).

35 A jurisprudência de todos os tribunais com competência para apreciar casos envolvendo direitos humanos reconhece que não há direitos ilimitados (SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994, p. 86).

36 Art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988.

37 Art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988.

38 Art. 5º, XVI, da Constituição Federal de 1988.

39 Art. 5º, XVII, da Constituição Federal de 1988.

40 A dignidade da pessoa é passível de violação não só por atos contrários à lei, mas também pela injustiça (não-direito), na forma da lei (NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 253).

ocorre, por exemplo, com a disciplina estabelecida pelo Código Civil no tocante à sucessão, sem a qual não se garantiria a proteção constitucional⁴¹, haja vista que as regras garantem o patrimônio legal a ser conservado aos herdeiros, qual seja a legítima⁴², definem os herdeiros legítimos⁴³ e a ordem de vocação hereditária⁴⁴ com o escopo de proteger os bens ao âmbito familiar, estabelece a possibilidade de se excluir determinados indivíduos da sucessão⁴⁵, garante ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família⁴⁶, enfim, a proteção constitucional desse direito não seria apta, por si só, para garantir de forma efetiva todos os contornos a ele inerentes, justamente por se tratar de espécie normativa que demanda complementação, densificação.

Diferentemente ocorre com o direito à vida ou à liberdade de locomoção, de expressão, de reunião, de crença religiosa e de convicção política e filosófica, que não dependem, para seu exercício, de complemento legislativo. Além disso, essa espécie de regulação do direito pelo legislador recebe o nome de poder de conformação. É o que se verifica, por exemplo, nos direitos previstos nos incisos XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, todos da Constituição Federal de 1988, em que se exige a edição de lei para a concretização do direito neles estabelecidos.

No que tange às restrições aos direitos fundamentais⁴⁷, identificam-se duas teorias: a externa e a interna. Para teoria externa⁴⁸, direito e restrição são categorias distintas, inexistindo uma relação entre o direito e a restrição. Desse modo, as restrições aos direitos fundamentais são expressamente previstas pelo legislador (lei em sentido formal), via reservas legais simples e qualificadas⁴⁹. De forma que a possibilidade de restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais exclusivamente por meio de expressa previsão legal é criticada pela doutrina, por implicar o reconhecimento de direitos absolutos, consoante entendimento sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁵⁰.

41 Art. 5º, XXII e XXXI, ambos da Constituição Federal de 1988.

42 Art. 1.846, do Código Civil.

43 Art. 1.845, do Código Civil.

44 Art. 1.829, do Código Civil.

45 Art. 1.814, do Código Civil.

46 Art. 1.831, do Código Civil.

47 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 179-180.

48 Jane Reis Gonçalves Pereira leciona que “De acordo com essa concepção, a tarefa de interpretação constitucional visando a determinar as situações protegidas pelos direitos fundamentais envolve duas etapas, que consistem em: i) identificar o conteúdo do direito (seus contornos máximos, sua esfera de proteção), e ii) precisar os limites externos que decorrem da necessidade de conciliá-lo com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 186).

49 Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas: “Seu funcionamento pressupõe, inicialmente, a verificação se uma determinada hipótese fática está contemplada como incluída dentro dos limites do âmbito de proteção estatuído pela norma jusfundamental; num segundo momento, em sendo positiva a resposta à perquirição inicial, cuida-se de examinar se há alguma limitação ou restrição estabelecida em lei onerando o conteúdo de tal direito e, ato contínuo, se tal afetação está, de algum modo, constitucionalmente autorizada, com isso chegando-se à conclusão se a limitação ou restrição é legítima ou se viola o conteúdo do direito fundamental” (FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 139).

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452/RJ*. Relator: Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999.

Por sua vez, para a teoria interna⁵¹, os direitos fundamentais surgem com conteúdo delimitado, isto é, com seus limites imanentes, haja vista a inexistência de direitos ilimitados. Nesse sentido, as restrições aos direitos fundamentais seriam obtidas a partir da interpretação e declaração do próprio conteúdo do direito. Que não depende, pois, da atuação legislativa:

[...] os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo⁵².

Independente da teoria adotada, pode-se afirmar que os direitos fundamentais podem ser limitados⁵³ por expressa disposição constitucional (restrição imediata)⁵⁴ ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)⁵⁵. Como já asseverado alhures, há duas espécies de restrições: a) reserva legal simples – que consiste na expressa autorização constitucional para a restrição do direito, pelo legislador, sem qualquer exigência complementar, como a garantia, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5º, VI, CF), ou a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII, CF), e mais, o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (art. 5º, XXIV, CF)⁵⁶; b) reserva legal qualificada – corresponde à restrição constitucional em que se estabelecem limitações à atuação legislativa, como a restrição à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, em que é exigida ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer⁵⁷ (art. 5º, XII, da Constituição Federal), sendo, pois, vedada a interceptação, por exemplo, em processo administrativo disciplinar, eis que o constituinte originário estabeleceu condicionantes, a saber a necessidade de investigação penal

51 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 180.

52 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 79.

53 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 1223-1235.

54 Exemplificativamente, tem-se a restrição imediata no tocante ao direito de “reunir-se pacificamente, sem armas” (art. 5º, XVI, da Constituição Federal) – a previsão expressa *sem armas* restringe o direito fundamental da liberdade de reunião, independentemente de complementação legislativa; outrossim, a liberdade de “locomoção no território nacional em tempo de paz” (art. 5º, XV) – na medida em que o próprio texto constitucional ressalva a circunstância em que há a liberdade de locomoção no país. Não se pode olvidar, ademais, as restrições impostas nos casos de estado de defesa e estado de sítio, em que há, respectivamente, limitação aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica (art. 136, § 1º, I, “a”, “b”, e “c”, da Constituição Federal) e a restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, o direito de reunião (suspensão da liberdade de reunião), a inviolabilidade do domicílio (a busca e apreensão em domicílio) e o direito de propriedade (art. 139, da Constituição Federal).

55 Tem-se a restrição mediata no direito à impenhorabilidade da pequena propriedade familiar (art. 5º, XXVI, da Constituição Federal) – eis que compete à lei definir o conceito desta espécie de propriedade; aos direitos autorais (art. 5º, XXVII, da Constituição Federal) – já que a lei fixará o tempo pelo qual os herdeiros poderão usufruir desses direitos; além dos demais direitos previstos nos incisos XXVIII e XXIX, da Constituição Federal.

56 Podem ser citados, ademais, outros dispositivos: incisos XV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXIII, XLV, XLVI, LVIII, todos do art. 5º da Constituição Federal.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 69.912/RS*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993.

ou instrução processual penal; reconhece-se, ainda, a reserva qualificada no que tange à restrição à publicidade dos atos processuais, porquanto seria cabível apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX, da Constituição Federal).

Possível, ainda, a intervenção legislativa em direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva constitucional, com relação aos quais não pode o legislador ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção. De acordo com doutrina do direito comparado, nem tudo o que se encontra protegido pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, a exemplo da liberdade religiosa, da inviolabilidade de domicílio e da inviolabilidade da correspondência escrita, desfruta de efetiva proteção dos direitos fundamentais.⁵⁸

Outrossim, a problemática atual se refere à utilização de previsões menos precisas que conferem maior liberdade de atuação do legislador quando da densificação do direito, podendo acarretar numa maior restrição ao direito fundamental. Como exemplo, cite-se o mandamento constitucional penal acerca dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da Constituição Federal), em que se agravou o tratamento penal ao se estabelecer a execução integral da pena por meio do regime fechado, sendo, posteriormente, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959⁵⁹. No mesmo sentido, a vedação à liberdade provisória, também declarada inconstitucional pela Corte Suprema na ADI nº 3.112⁶⁰.

É possível catalogar três instâncias no procedimento de restrição normativa dos direitos fundamentais. Na primeira instância, há a fixação do âmbito de proteção da norma de direito fundamental identificando os bens juridicamente tutelados pelos direitos fundamentais⁶¹. Na segunda instância, há a fixação do âmbito de proteção efetiva da norma de direito fundamental, momento em que são analisadas as restrições que eventualmente podem ter incidência sobre os direitos fundamentais⁶²⁻⁶³. Na terceira instância, são fixados os limites dos limites, pelo qual há limites constitucionais estabelecidos às próprias restrições aos direitos fundamentais.

5 Os limites dos limites

Do exposto, depreende-se a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais. Contudo, referida restrição pelo legislador é limitada pelo denominado “limites dos limites” (*Schranken -Schranken*), que decorre da necessidade de proteção de um núcleo essencial do

58 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 240.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.112/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007.

61 “As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (Constituição Federal, artigo 5º, § 2º, primeira parte)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424/RS*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003).

62 Devem ser analisadas a natureza, a extensão e a finalidade das restrições constitucionais imediatas (estabelecidas pela própria Constituição Federal), as restrições estabelecidas por lei e os limites constitucionais implícitos (limites imanentes).

63 No julgamento do HC 82.424/RS o Supremo Tribunal Federal entendeu que o “direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”, de modo que o “preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424/RS*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003).

direito fundamental bem como a proporcionalidade dessa restrição⁶⁴⁻⁶⁵, restando investigar este tema.

5.1 O princípio da proteção do núcleo essencial

O princípio da proteção do núcleo essencial tem por escopo evitar restrições desproporcionais e desarrazoadas, que acabam por nulificar ou esvaziar o conteúdo do direito fundamental⁶⁶. No tocante à essa proteção, Virgílio Afonso esclarece que “significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”⁶⁷. Neste sentido, duas teorias tratam da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, quais sejam a teoria absoluta e a teoria relativa.

Segundo a teoria absoluta (*absolute theorie*), há uma unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) insuscetível de intervenção estatal⁶⁸. No escólio de Virgílio Afonso “Isso significa que no âmbito de proteção do direito em questão deve existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma *barreira* intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição”⁶⁹.

A crítica que se faz quanto a essa teoria refere-se à dificuldade de se estabelecer, abstratamente, a existência desse mínimo essencial. Para a teoria relativa (*relative theorie*), o núcleo essencial é definido em cada caso em concreto, utilizando-se, para isso, da proporcionalidade⁷⁰. Consoante Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

[...] conteúdo essencial tem de ser determinado em separado não só em relação a cada direito fundamental em concreto, mas até mesmo a cada caso per se. Apenas o pesar e o ponderar os bens e interesses públicos e privados envolvidos no caso concreto permitem verificar se o conteúdo essencial foi afetado ou não⁷¹.

64 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, p. 137-138.

65 Esses limites balizam a atuação do legislador na restrição de direitos fundamentais e se referem tanto à necessidade de proteção e um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à “clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 241).

66 Há ordenamentos jurídicos que preveem expressamente essa limitação, consoante cláusula constante do art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949, que dispõe que “em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência”, ou a Constituição portuguesa de 1976 em seu art. 18º, n. 3, ou, ainda, a Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1.

67 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 27.

68 “[...] o conteúdo essencial como uma grandeza fixa, independente do caso concreto e da questão concreta” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, p. 90).

69 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, p. 27.

70 “Já as *teorias relativas* rejeitam essa possibilidade e sustentam que a definição do que é essencial - e, portanto, a ser protegido - depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, como consequência, o conteúdo essencial de um direito não será, sempre o mesmo e irá variar de situação para situação, dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso” (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 27).

71 PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, p. 90.

Assim, a teoria relativa apresenta a fragilidade por resultar em exacerbada flexibilização dos direitos fundamentais descaracterizando, conseqüentemente, o próprio núcleo essencial. Importante consignar que há controvérsia doutrinária no sentido de ser o princípio de proteção do núcleo essencial interpretado em sentido subjetivo (teoria subjetiva), isto é, se há vedação à supressão de um direito subjetivo determinado, ou objetivo (teoria objetiva), em que é assegurada uma garantia positivada na Constituição independentemente da proteção conferida a cada indivíduo. Em que pese referida controvérsia, tem-se admitido a proteção do núcleo essencial sob ambas as interpretações, haja vista que não há necessária exclusão dessas teorias.

No ordenamento jurídico-constitucional pátrio, diferentemente do que ocorre com outros ordenamentos⁷²⁻⁷³, não há cláusula expressa do núcleo essencial dos direitos fundamentais. No entanto, reconhece-se a cláusula pétrea expressa no art. 60, § 4º, da CF, como limite do limite para o legislador ordinário. Nessa vertente, com relação à ausência de previsão expressa, a jurisprudência da Suprema Corte já reconheceu a existência de um núcleo essencial, de um limite do limite no *Habeas Corpus* nº 82.959, em que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial, uma vez que:

A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade', nota *Maria Lúcia Karam*, 'com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, 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 garante⁷⁴.

A imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado conflita com a garantia da individualização da pena, já que não são levadas em consideração as peculiaridades de cada indivíduo para a aferição de sua capacidade de se reintegrar à sociedade.

Ainda sobre a proteção do núcleo essencial, o STF, no julgamento da ADI nº 2.024/DF⁷⁵, firmou o entendimento de que "as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege".

No mesmo sentido, entendeu o STF, no RE nº 387.945/AC⁷⁶, que a "imunidade do advogado – além de condicionada aos 'limites da lei', o que, obviamente, não dispensa o respeito ao núcleo essencial da garantia da *libertas conviciandi* – não alcança as relações do profissional com o seu próprio cliente".

72 As Constituições da Alemanha de 1949 e de Portugal de 1976 preveem a proteção ao núcleo essencial.

73 Gilmar Ferreira Mendes destaca a preocupação exagerada do constituinte, considerando que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais decorre da própria supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional dos países que adotam Constituições rígidas (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 35).

74 Voto do Ministro Peluso no HC 82.959/SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão HC 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006).

75 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.024/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.05.2007.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 387.945/AC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.02.2006.

Ademais, a Suprema Corte asseverou, no RE nº 511.961/SP⁷⁷, que a “reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”. O princípio da proteção do núcleo essencial busca resguardar o direito fundamental, afastando restrições desmedidas ou desproporcionais.

5.2 Da Proporcionalidade como Proibição de Excesso (*Übermassverbot*)

Um dos principais controles para se aferir eventuais excessos cometidos pelo Poder Legislativo é o exame de compatibilidade da lei com a finalidade constitucional, isto é, a investigação da adequação e da necessidade do ato legislativo (proporcionalidade)⁷⁸. Consoante leciona Olavo Alves Ferreira, é controversa a doutrina no tocante aos fundamentos da proporcionalidade, “existindo quatro posições sobre seu fundamento: (i) no Estado de Direito; (ii) no princípio do devido processo legal material; (iii) no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição; e (iv) na estrutura dos direitos fundamentais”⁷⁹.

Todavia, reconhece-se que a partir da Constituição Federal de 1988, a proporcionalidade tem sua sede material no devido processo legal (art. 5º, LIV), conforme asseverado no voto do Ministro Moreira Alves na ADI nº 855⁸⁰. Sobre o conteúdo e aplicação da proporcionalidade, imprescindível a transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes na IF 2.257:

[...] Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)⁸¹.

Depreende-se do julgado, a proporcionalidade é composto por três elementos, quais sejam: a) *adequação* (*Geeignetheit*) – as medidas adotadas sejam aptas a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, “deve ser apta para promover o fim visado pelo ordenamento, ainda que não seja atingido”⁸²; b) *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) – não há outro meio menos gravoso capaz de atingir os mesmos resultados, em outros termos, “diz respeito à escolha dos meios menos gravosos ou mais suaves para alcançar o valor desejado”⁸³; c) proporcionalidade

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961 ED/SP. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 30.08.2019.

78 Das possibilidades jurídicas surge a necessidade de se usar a lei da ponderação, que embasa a proporcionalidade em seu sentido estrito (ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. DOXA 5. 1988, p. 147).

79 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, p. 155.

80 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 855/PR. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008.

81 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 2.257/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2003.

82 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, p. 157.

83 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*.

em sentido estrito – refere-se à ponderação entre a intervenção adotada e os objetivos almejados pelo legislador.

Importante consignar que proporcionalidade e razoabilidade, a despeito de serem empregadas como sinônimas, têm significado distintos. Segundo o escólio de Olavo Alves Ferreira, citando a obra de André Ramos Tavares, com apoio na doutrina de Humberto Ávila: “Enquanto aquela (proporcionalidade) implica uma relação de causalidade entre meio e fim, a razoabilidade não contém, em si, uma referência dessa magnitude, mas “uma relação de correspondência entre duas grandezas”⁸⁴⁻⁸⁵⁻⁸⁶⁻⁸⁷⁻⁸⁸.

5.3 Da Proporcionalidade como Proibição da Proteção Insuficiente (*Untermassverbot*)

Outra face da proporcionalidade refere-se à proibição da proteção insuficiente. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-MS, assentou que com relação à proibição de proteção deficiente a doutrina vem indicando uma espécie de garantismo positivo⁸⁹. Consoante asseverou o Supremo Tribunal Federal no HC nº 102.087, *in verbis*:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)⁹⁰.

A violação da proibição insuficiente decorre, aprioristicamente, de uma omissão estatal no tocante ao cumprimento de um imperativo constitucional, isto é, há um dever constitucional de tutela de um bem, cuja omissão implica a violação de um direito fundamental. Relevante utilização dessa concepção ocorreu no julgamento do RE nº 418.376⁹¹, por meio do qual se pleiteou o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como uma entidade familiar, para efeitos da aplicação da cláusula de extinção da punibilidade prevista no art. 107, VII, do Código Penal. Tratava-se de uma situação em que uma criança de apenas 8 (oito) anos de idade havia sido confiada a tutor, que com ela manteve relações sexuais desde que a menina tinha 9 anos

São Paulo: Método, 2009, p. 158.

84 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, p. 166.

85 Ambas visam coibir o arbítrio do Poder Público (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, p. 166).

86 “O fundamento constitucional da razoabilidade é o princípio do devido processo legal material (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), consoante a doutrina e o Supremo Tribunal Federal” (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, p. 166).

87 Consoante ressalta Olavo Alves Ferreira, a razoabilidade apresenta três acepções, segundo estudo realizado por Humberto Ávila a partir de casos julgados pelo STF, quais sejam: (i) razoabilidade como equidade; (ii) razoabilidade como congruência e (iii) razoabilidade como equivalência (FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009, 167-169).

88 Exemplos de aplicação da razoabilidade pelo Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.158/AM*. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 20.08.2014 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.753 MC/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.1998.

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 418.376/MS*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2006.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 102.087/MG*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 28.02.2012.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 418.376/MS*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2006.

de idade. Destarte, o pedido visava ao reconhecimento de união estável entre uma adolescente de 12 anos que havia engravidado e que vivia maritalmente com o próprio opressor.

De acordo com o voto de lavra do Ministro Gilmar Mendes, o reconhecimento do *status* de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade não seria consentâneo com o princípio da proibição da proteção insuficiente, porquanto o poder público, incluído o Judiciário, tem o dever de proteção da dignidade da pessoa humana, notadamente no caso *sub judice*, haja vista a previsão constitucional inculpada no artigo 227 da Constituição Federal no que toca à proteção da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Em suma, em qualquer de suas vertentes, tem sido recorrente a aplicação da proporcionalidade na jurisprudência dos tribunais superiores⁹²⁻⁹³, inclusive antes da promulgação da Constituição Federal de 1988⁹⁴.

5.4 Proibição de Restrições Casuísticas

Trata-se de limitação implícita que deve ser observada por leis que não atendam às características de generalidade e abstração. Além disso, há leis cujo conteúdo é restritivo, casuístico ou discriminatório, que têm por escopo regular uma situação individual e concreta. Nesses casos, pode-se constatar uma violação ao princípio da igualdade material, porquanto estabelece um tratamento desigual entre os indivíduos, contrariando o referido princípio. Portanto, além dos demais controles da atuação legislativa, deve-se, outrossim, vedar a prática de atos discriminatórios ou arbitrários, compatibilizando o ato normativo a fim de evitar restrições indevidas aos direitos fundamentais.

5.5 A Colisão dos Direitos Fundamentais

Há a colisão dos direitos fundamentais quando ocorre conflito entre o exercício desses direitos por titulares distintos. Há colisão efetiva tão somente quando o exercício de um direito fundamental atingir de fato o âmbito de proteção de outro direito dessa natureza. Isso porque há casos cuja colisão é apenas aparente, notadamente por decorrer de situações que não estão

92 Em novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, agora sob a vigência da atual Carta Política, questionou-se, por meio da ADI-MC 855, a proporcionalidade da Lei Paranaense nº 10.248/1993, que previa a obrigatoriedade da pesagem, pelos estabelecimentos que comercializarem GLP, à vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão. Reconheceu-se a possibilidade de lesão à razoabilidade (ou mais tecnicamente, da proporcionalidade), tendo em vista a impraticabilidade da pesagem obrigatória nos caminhões de distribuição de GLP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855/PR*. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008).

93 Destaca-se a aplicação da proporcionalidade quanto à obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA, em ação de paternidade no HC 76.060, em que, asseverou-se pela prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico se houver outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos para a produção da prova (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 76.060/SC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 31.03.1998).

94 Na Representação nº 1.077/84, que arguiu a inconstitucionalidade da Lei 383, de 4 de dezembro de 1980, do Estado do Rio de Janeiro, haja vista a relevante majoração da taxa judiciária, fixada em 2% sobre o valor do pedido o *quantum* devido pelo contribuinte (do art. 118), decidiu-se pela inconstitucionalidade do referido artigo, uma vez que, por ter natureza de taxa (a referida taxa judiciária), deve servir de contraprestação à atuação de órgãos da justiça, havendo, por conseguinte, um limite, qual seja o custo da atividade do Estado relativo ao serviço prestado pelo contribuinte. Destarte, não poderia a “taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1.077/RJ*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 28.03.1984).

amparadas pelo âmbito de proteção do direito⁹⁵. Lado outro, haveria efetiva colisão aos direitos fundamentais no conflito entre a liberdade de pensamento e de expressão e censura, o direito à informação e o direito à intimidade e direito à privacidade, como no julgamento da ADI nº 4.815, acerca da necessidade da autorização de pessoa biografada⁹⁶⁻⁹⁷.

Há duas espécies de colisão, segunda a doutrina, quais sejam: a) em sentido amplo, cujo conflito dá-se entre direitos fundamentais e direitos fundamentais coletivos e difusos⁹⁸; e b) em sentido estrito, relativamente ao choque entre direitos fundamentais titularizados por pessoas individuais. No caso de colisão de direitos fundamentais, perquire-se se haveria uma solução pré-estabelecida, fixa e geral. Contudo, a formulação de uma solução prévia, rígida e geral para eventuais conflitos teria como pressuposto o reconhecimento da hierarquia entre direitos fundamentais⁹⁹, o que iria de encontro ao princípio da unidade da Constituição, além de conduzir a uma desnaturação do direito fundamental, por reduzir o âmbito de proteção do direito fundamental. Desse modo, a solução do conflito deve ocorrer pela análise do caso em concreto, levando-se em consideração as peculiaridades de cada caso¹⁰⁰⁻¹⁰¹⁻¹⁰².

No tocante à colisão de direitos fundamentais idênticos, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se, no RE nº 145.023/RJ¹⁰³, no sentido de que “proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade”. Já no que tange à colisão de direitos fundamentais diversos, entendeu a Suprema Corte, no AI nº 595.395/SP¹⁰⁴, que a Constituição da República, apesar de garantir o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe a necessidade de que sejam observados parâmetros, especialmente os direitos da personalidade, cabendo ao Poder Judiciário definir em cada situação a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.

95 Como exemplo, o indivíduo, sob o fundamento da liberdade de religião, não pode adotar a poligamia no Brasil. Haveria, nesse caso, apenas um conflito aparente, uma vez que o exercício do seu direito não estaria amparado pelo âmbito de proteção do direito fundamental, isto é, não haveria colisão entre o direito pleiteado e os valores defendidos pelo ordenamento jurídico.

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.815/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015.

97 Outro caso emblemático da aplicação da proporcionalidade refere-se à autorização concedida para a instalação de escuta ambiental em escritório de advocacia no período noturno (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 2.424/RJ*. Relator: Min. Cesar Peluso, j. 26.11.2008).

98 A título exemplificativo, o exercício do direito de reunião, simultaneamente, por dois grupos diversos, no mesmo local.

99 Aprioristicamente, não se pode afirmar que há, *prima facie*, hierarquia entre direitos fundamentais. Todavia, é possível reconhecer a precedência do postulado da dignidade humana sobre os demais, por balizar as demais disposições constitucionais ou, ainda, a primazia do direito à vida face os demais direitos.

100 No juízo de ponderação para a resolução do conflito não se deve conferir primazia absoluta a qualquer princípio do direito, devendo o Tribunal se esforçar para assegurar a aplicação das normas em conflito, mesmo que no caso concreto uma delas seja atenuada (MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, 1994. Abr./jun. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176193>>. Acesso em: 10 dez. 2019, p. 301).

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 3.601/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 08.05.2003.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2.040/DF*. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 145.023/RJ*. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 17.11.1992.

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 595.395/SP*. Relator: Min. Celso de Mello, j. 20.06.2007.

Por fim, na colisão em sentido amplo, podemos citar a ADI nº 3.540 MC/DF¹⁰⁵, em que se decidiu pela constitucionalidade de restrições legais à execução de obras e serviços em áreas rurais de preservação permanente, sob o fundamento de que o direito ao meio ambiente representa bem de uso comum da generalidade, que deve ser resguardado em benefício das presentes e futuras gerações.

5.6 A Concorrência de Direitos Fundamentais

Caracteriza-se quando uma determinada situação fática pode estar amparada por uma multiplicidade de normas de direito fundamental. O problema, nesse caso, é se definir a norma fundamental aplicável e, conseqüentemente, a restrição a que estaria submetido o indivíduo. Para Canotilho “o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias”.¹⁰⁶ Na mesma perspectiva, infere-se que há dois tipos de concorrência de direitos fundamentais, quais sejam: a) aparente – quando as normas de direitos fundamentais mantêm, entre si, relação de gênero e espécie, hipótese em que é afastada a norma geral pela aplicação do critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*); b) real – quando não há relação de gênero/espécie entre as normas, caso em que deve ser aplicada a norma que confere maior proteção ao titular¹⁰⁷.

6 Considerações finais

A nova dogmática constitucional, que remonta o fim da Segunda Guerra Mundial, a partir de um novo modelo de Estado baseado na força normativa da Constituição, no desenvolvimento da teoria dos princípios, reconhecendo-lhes eficácia normativa, na transformação da hermenêutica jurídica, na expansão e consagração dos direitos fundamentais e na ampliação da soberania popular, baseada nos pilares da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito, implica o reconhecimento de um núcleo central de direitos fundamentais, a fim de resguardar os valores fundamentais à existência humana, evitando modificações circunstanciais tendentes à redução ou à aniquilação desses direitos.

Essa percepção da força normativa da Constituição, reconhecendo-lhe valor jurídico, é um instrumento de limitação do poder. Isso porque, ao se delimitar os poderes em um documento vinculante, cuja alteração demanda um processo mais dificultoso e solene, acentua-se sua superioridade, criando-se condições necessárias para o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (*judicial review*).

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.540 MC/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005.

106 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1189.

107 O Supremo Tribunal Federal, no RE 511.961/SP, firmou o entendimento de que o direito geral à liberdade profissional (art. 5º, XIII) deve ser interpretado em conjunto com o direito à liberdade de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV e art. 220), concluindo ser contrária à Constituição a exigência de curso superior como requisito ao exercício da profissão de jornalista, na medida em que no “campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais” (como permitidas pelo inciso XIII do art. 5º), pois o “art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220, não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 511.961 ED/SP*. Relator: Min. Rosa Weber, j. 30.08.2019).

Nesse cenário é que surgem os questionamentos referentes às limitações aos direitos fundamentais, mormente quando o conteúdo e efetividade do direito constitucional requer a edição de uma norma legal a fim de concretizar o direito. Ante a abertura semântica e o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, tornam-se frequentes os conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, seja nos casos de concorrência, em que há, para uma mesma situação fática, uma multiplicidade de normas que tutelam o indivíduo, seja nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, em que ocorre um conflito entre direitos tutelados por pessoas diversas e com pretensões antagônicas.

O Supremo Tribunal Federal tem solucionado as hipóteses de concorrência de direitos fundamentais por meio do critério da especialidade. Quando se tratar de concorrência aparente, como no julgamento do RE nº 511.961/SP, em que o direito geral à liberdade profissional (art. 5º, XIII) deve ser interpretado em conjunto com o direito à liberdade de expressão e de informação (art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220), em que no campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. Ainda, em se tratando de concorrência real, como na decisão proferida no Inquérito nº 2.424/RJ, em que concorriam direitos fundamentais, quais sejam, o direito geral à intimidade, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas e o direito à inviolabilidade do domicílio, sendo decidida a questão à luz do direito à inviolabilidade domiciliar, o qual, em tese, proporcionava proteção mais ampla.

Já no que tange à colisão de direitos fundamentais, o Pretório Excelso tem solucionado os conflitos por intermédio da ponderação, seja em situações em que a análise é realizada de forma abstrata, mediante aplicação do poder geral de conformação legislativa dos direitos fundamentais, ou por meio daquelas realizadas concretamente, mormente pelo Poder Judiciário. São, pois, critérios a serem utilizados, tais como o da interpretação constitucional sistemática, em que são consideradas todas as normas aplicáveis à situação fática e identificados os parâmetros constitucionais para a resolução do problema, ou, ainda, o critério da proporcionalidade, em que é verificada a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da limitação, permitindo (ou não) o exercício de outro direito fundamental. Sobre o tema, nossa Corte Constitucional posicionou-se, na ADI nº 319 QO/DF, reconhecendo que o Estado pode, pela via legislativa, estabelecer uma política de preços de bens e serviços para o abuso de poder econômico que busca o aumento arbitrário dos lucros.

Ademais a acerca da colisão de direitos fundamentais, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 145.023/RJ, que no caso de colisão do direito de propriedade o proprietário do prédio vizinho não pode impedir edificação capaz de impedir a vista existente a partir do seu imóvel. Nesse cenário é que surge relevante questionamento acerca da possibilidade de limitação do poder de conformação do legislador. Deveras, este poder está submetido às próprias limitações constitucionais, uma vez que há um dever implícito de preservar as garantias constitucionais, não se podendo suprimi-las ou, tampouco, restringi-las de forma a nulificar o próprio direito garantido. A par dessa limitação, verifica-se, ainda, o dever de legislar, isto é, de densificar, concretizar os direitos fundamentais que demandam regulamentação para o seu exercício. Consoante decidiu o Supremo Tribunal Federal no MS nº 23.452/RJ, não existem direitos ou garantias absolutos, haja vista haver razões pelas quais é possível a adoção de medidas restritivas de liberdades individuais ou coletivas, desde que respeitados os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento constitucional.

Em que pese a relatividade dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a possibilidade de restrição desses direitos – eis que a própria Constituição Federal estabeleceu restrições diretas e restrições indiretas a diferentes direitos fundamentais, como no caso do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), ou as restrições ao exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), ou, ainda, a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), ou liberdade de associação (art. 5º, XVII) –, deve-se proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, isto é, um âmbito mínimo de proteção, rejeitando-se limitações legislativas que esvaziem a própria essência do direito fundamental. Essa limitação da atuação do legislador é estabelecida pelo denominado “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*). Essa discussão acerca da liberdade de conformação do legislador já se colocara, por parte do STF, ainda sob a Constituição de 1967/69, consoante Representação nº 930, em que o Ministro Rodrigues Alckmin, em seu voto, decidiu que essa liberdade não é absoluta.

Acerca do reconhecimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais pelo STF, citam-se o RE nº 511.961/SP, em que foi afirmado que a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial, ou, ainda, o RE nº 387.945/AC, em que a imunidade do advogado – além de condicionada aos limites da lei – não alcança as relações do profissional com o seu próprio cliente, bem como o HC nº 82.959/SP, que decidiu que regime integralmente fechado de cumprimento de pena previsto na redação original da Lei nº 8.072/90 é inconstitucional, por violar o núcleo essencial do direito à individualização da pena. Além disso, tem-se adotado, no âmbito da Suprema Corte, como critério de solução dos conflitos, eventualmente verificados no caso em concreto a aplicação da proporcionalidade, a fim de se aferir a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo. Isso porque o excesso de poder legislativo pode ensejar a inconstitucionalidade substancial do ato normativo. Em outros termos, há restrição à liberdade de conformação do legislador, a ser realizada pelo Poder Judiciário por meio do controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade.

No Brasil, a proporcionalidade teve o seu fundamento em cláusula implícita dos direitos fundamentais. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, alterou-se o seu fundamento, agora sob a perspectiva do princípio do devido processo legal na sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIX). A jurisprudência do Pretório Excelso é farta no que toca à aplicação da proporcionalidade. Exemplificativamente, a decisão proferida na Representação nº 1.077, que se estabeleceu a ideia de equivalência razoável entre o custo do serviço e a contraprestação cobrada, declarando-se, por conseguinte, a inconstitucionalidade do art. 118 da Lei nº 383/1980, do Estado do Rio de Janeiro. Outrossim, a proporcionalidade tem sido utilizada, pelo Supremo Tribunal Federal, como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais, como no caso do julgamento do HC nº 76.060/SC, que tratava da discussão acerca da obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA, em ação de paternidade. Outro caso recente refere-se ao conflito entre a proteção da manifestação cultural (art. 215, § 1º) e a defesa dos animais contra práticas cruéis, julgado na ADI nº 4983/CE, em que restou decidido que o dever de proteção ao meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal) sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva.

Ressalte-se a relevância do duplo controle de proporcionalidade, isto é, o abstrato e o concreto, que pode revelar-se fundamental para a conclusão acerca do processo de ponderação, como ocorre nos casos de aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal, em que se deve analisar as circunstâncias do caso em concreto. A par da aplicação da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), tem-se admitido a sua adoção como proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), considerando que os direitos fundamentais proíbem o excesso (*Übermassverbot*), bem como a proteção insuficiente (*Untermassverbot*). Isso porque, de acordo com o decidido no RE nº 418.376/MS, o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Em suma, conforme assentado na ADC nº 29/DF a proporcionalidade representa critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, protegendo o núcleo essencial do direito que o legislador não pode atingir, permitindo aferir eventual transgressão por parte do legislador. Assim, conclui-se que as decisões tomadas pelo Poder Público, com fundamento na lei, que de qualquer forma afetem os direitos fundamentais, submetem-se ao controle de proporcionalidade.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. Direitos Fundamentais e Legitimação da Jurisprudência. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves et al (Org.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.
- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. DOXA 5. 1988.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã, 2. ed. brasileira, São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites*. 2008. 393 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/5128>>. Acesso em: 12 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855/PR*. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.158/AM*. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 20.08.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.753 MC/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.024/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.05.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.112/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.540 MC/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, j. 01.09.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.815/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 10.06.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 595.395/SP*. Relator: Min. Celso de Mello, j. 20.06.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 69.912/RS*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 76.060/SC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 31.03.1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424/RS*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 102.087/MG*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 28.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 2.257/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 3.601/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 08.05.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 2.424/RJ*. Relator: Min. Cesar Peluso, j. 26.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452/RJ*. Relator: Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2.040/DF*. Relator: Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 145.023/RJ*. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 17.11.1992.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 387.945/AC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.02.2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 418.376/MS*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 511.961 ED/SP*. Relatora: Min. Rosa Weber, j. 30.08.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1.077/RJ*. Relator: Min. Moreira Alves, j. 28.03.1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Nelson Boeira.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003. Tradução de: Joaquín Brage Camazano.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, 1994. Abr./jun. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176193>>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <sataticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisMúltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Tradução de: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direito fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-131, 2009. Jan./mar. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/4068>>. Acesso em: 29 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. In: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, São Paulo, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. *A colisão dos direitos fundamentais de reunião e de locomoção a partir das manifestações de rua*. 2016. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19252#preview-link0>>. Acesso em: 13 nov. 2019.