

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

DIEGO DE ABREU

LIMITES DOS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

São Paulo

2021

DIEGO DE ABREU

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADORA: PROF^ª. DRA. GEISA DE ASSIS RODRIGUES

São Paulo

2021

DIEGO DE ABREU

LIMITES DOS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do título
de Bacharel no Curso de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinadora: Prof^ª. Dra. Geisa de Assis Rodrigues

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

À minha família: Marcelo, Zeli (in memoriam), Mércia, Caio, Márcia, Rafael e Isabela, por todo o carinho e suporte.

Às pessoas maravilhosas que conheci na Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialmente à minha namorada, Maria Luiza, pelo companheirismo.

À professora Geisa, por toda a orientação neste trabalho e por ter despertado meu interesse pelo direito constitucional.

LIMITES DOS LIMITES ÀS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diego de Abreu

Resumo: o presente estudo objetiva apontar as principais noções a respeito da teoria dos limites dos limites às restrições de direitos fundamentais, indicando decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema no íterim de 2018 a 2021. Diante do constante e inevitável conflito entre os direitos fundamentais, rotineiramente faz-se necessária a restrição de um em detrimento do outro por meio da técnica do sopesamento. Perceber-se-á que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a teoria dos limites dos limites, valendo-se especialmente dos conceitos relativos à proteção do núcleo essencial, à reserva de lei e à proporcionalidade, para julgar os casos que lhe são apresentados.

Palavras-chaves: Direito constitucional. Restrição de direitos fundamentais. Limites dos limites.

Abstract: the present study aims to point out the main notions regarding the theory of the limits on limitations to restrictions on fundamental rights, indicating decisions issued by the Brazil's Supreme Court on the subject between 2018 and 2021. Faced with the constant and inevitable conflict between fundamental rights, it is routinely necessary to restrict one at the expense of the other by means of the balancing of principles. It will be noticed that the Brazil's Supreme Court has used the theory of limits on limitations, using especially the concepts related to the essential core of the right, the principle of proportionality and the principle of legal reserve, in order to judge the cases that are presented to it.

Key words: Constitutional law. Restrictions on fundamental rights. Limits on limitations.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais como base da ordem constitucional. 2.1. Direitos fundamentais e direitos humanos. 2.2. Aspectos subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais. 2.3. Dimensões dos direitos fundamentais. 3. Limitação dos direitos fundamentais. 3.1. As teorias interna e externa acerca da limitação aos direitos fundamentais. 3.2. Os direitos fundamentais como normas-principiológicas. 4. Os limites dos limites às restrições de direitos fundamentais. 4.1. Os atributos da clareza, da determinação e da

generalidade. 4.2. A proteção do núcleo essencial do direito. 4.3. A reserva de lei. 4.4. A proporcionalidade. 5. Conclusão. 6. Referências

1. Introdução

O presente trabalho tem como desígnio apresentar os aspectos mais relevantes da doutrina dos limites dos limites às restrições de direitos fundamentais, contextualizando-a em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nos últimos quatro anos. Tendo em vista os corriqueiros conflitos entre os direitos fundamentais, analisar-se-á como o Supremo Tribunal Federal tem julgado casos que são submetidos ao seu crivo, expondo-se a linha de argumentação desenvolvida pelo Tribunal quando confrontado com casos de restrições aos direitos fundamentais. O recorte jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal adotado neste artigo mostrará que o Tribunal tem utilizado frequentemente a tese dos limites dos limites (*Schranken-Schranken*) às restrições de direitos fundamentais para julgar as demandas que lhe são submetidas.

Será levantado ao longo do trabalho um recorte histórico acerca dos direitos fundamentais, além de seus principais aspectos e consagradas dimensões. Especialmente no tocante às restrições, serão abordadas as principais teorias e o posicionamento da matéria como um dos principais desafios da doutrina constitucional. Por esse ângulo, ganha importância a noção de quais são os limites a essas restrições, a fim de se garantir que as normas garantidoras dos direitos fundamentais não percam a sua essência.

Assumindo os direitos fundamentais como normas principiológicas, a interpretação do alcance de suas normas passa a ser feita mediante o uso da técnica do sopesamento. Na ponderação entre os princípios, em que pese inexistir uma única resposta correta, a tese dos limites dos limites serve como uma das garantias contra restrições arbitrárias aos direitos fundamentais. Como será visto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, especialmente, a proteção do núcleo essencial do direito, a reserva de lei e a proporcionalidade constituem limites dos limites às restrições de direitos fundamentais.

2. Direitos fundamentais como base da ordem constitucional

Os direitos fundamentais revelam-se como a pedra angular das Constituições contemporâneas. Positivados nos moldes atuais, representam grandes conquistas dos indivíduos frente ao Estado, que passa a balizar sua atuação vinculando-se a um núcleo de proteção mínimo

de garantias conferidas aos indivíduos, indistintamente, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Nos ensinamentos de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem¹

O jurista português José Gomes Canotilho destaca a importância da positivação dos direitos fundamentais nas Constituições modernas. Isso porque, além de adquirirem um significado eminentemente jurídico, os direitos fundamentais, como princípios estruturantes da ordem constitucional, passam a vincular o restante do ordenamento jurídico:

A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem força normativo-constitucional, dada a superação definitiva das ideias de Constituição como simples 'complexo de directivas políticas' e uma vez rejeitada a ideia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata²

2.1. Direitos fundamentais e direitos humanos

Tema que suscita debate doutrinário diz respeito à diferença da expressão "direitos fundamentais" como sinônima de "direitos humanos". Atualmente, o entendimento majoritário é de que os direitos humanos são universais, para todos os indivíduos, consagrados no plano do Direito Internacional. Em contrapartida, os direitos fundamentais são destinados específica e internamente às pessoas de um determinado Estado, sendo exigíveis dentro do próprio plano interno. É possível concluir, portanto, que os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram positivados na ordem jurídica de determinado país. Nesse sentido, explica Luís Roberto Barroso:

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade. Boa parte das Constituições do mundo tem um capítulo destinado à enunciação dos direitos fundamentais. Algumas o fazem de modo relativamente lacônico, como a Constituição americana. outras de forma bem analítica, talvez prolixa, como a

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 135

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1991, p.73

Constituição brasileira³

André de Carvalho Ramos, concluindo não haver muita utilidade na distinção quanto à origem das duas expressões, entende que pode ser estabelecida uma diferença no que tange aos métodos de interpretação dos direitos fundamentais em espécie, asseverando que:

Por outro lado, se a distinção entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais" pela origem (ou matriz) perde importância, ganha interesse o estudo das diferenças de interpretação de determinado direito, podendo existir conflito na determinação do conteúdo de um direito entre o juiz nacional e um órgão internacional. Assim, a dicotomia entre os termos "direitos fundamentais" (direitos essenciais de origem ou matriz constitucional) e "direitos humanos" (direitos essenciais de origem ou matriz internacional) ganha importância, do nosso ponto de vista, tão somente para realçar diferenças de interpretação: os direitos humanos, pela carga universalista, devem ser aplicados internamente de acordo com a interpretação internacionalista. Já os direitos fundamentais serão interpretados nacionalmente⁴

2.2. Aspectos subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais

Em Estados Sociais e Democráticos de Direito, os direitos fundamentais possuem caráter dúplice. Em primeiro lugar, sob um aspecto subjetivo, denotam a faculdade de o cidadão poder, efetivamente, demandar uma abstenção estatal (caráter negativo), de forma a coibir uma intromissão indevida do poder público em sua liberdade, ou aspirar a um determinado direito (caráter positivo). Trata-se, eminentemente, de uma relação do próprio indivíduo perante o Estado. Por outro lado, fala-se no aspecto objetivo dos direitos fundamentais quando esses se posicionam como postulados estruturantes de toda a ordem jurídico-constitucional. Trata-se, portanto, de uma relação dos direitos fundamentais não necessariamente com os seus destinatários, mas com o próprio ordenamento jurídico. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco destacam a importância deste último aspecto:

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base dos ordenamentos jurídicos de um Estado democrático. Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até 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 valiosos⁵

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 493.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. Teoria dos direitos humanos na ordem internacional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47 e 48.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. Curso de direito

2.3. Dimensões dos direitos fundamentais

Não é coincidência a institucionalização de direitos fundamentais ser contemporânea à ideia do chamado constitucionalismo moderno. Isso porque o movimento constitucionalista moderno, cuja origem histórica remete às revoluções liberais do século XVIII, tinha como ideia central a limitação do poder político, à época majoritariamente concentrado nas mãos de monarcas absolutistas. Nesse contexto, é por meio da positivação de direitos fundamentais, os quais representam verdadeira garantia contra o Estado Absolutista então preponderante, que passa a ser possível um maior controle do poder estatal. Tendo como marco histórico a promulgação das primeiras constituições escritas nos Estados Unidos da América, em 1776, e na França, em 1789, o constitucionalismo moderno passa a positivar direitos fundamentais que, à época, se mostram mais caros à sociedade que então ascendia. Vale dizer, a positivação da chamada primeira dimensão de direitos fundamentais é marcada por uma concepção liberal-burguesa, fortemente influenciada pelos ideários iluministas que se manifestavam na Europa. Esclarecem Ingo Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado"⁶

Com a crise dos Estados Liberais, entre a passagem do século XIX para o século XX, surge a reivindicação popular por novas demandas. Se na primeira geração os direitos fundamentais correspondiam, primordialmente, a abstenções por parte do Estado, deste passa a ser exigido prestações materiais. É nesse contexto que surgem os denominados direitos fundamentais de "segunda geração", cujo conteúdo remete às conquistas no campo econômico, social e cultural. Os marcos legais desta segunda geração de direitos fundamentais são a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição da Alemanha, de Weimar, de 1919. A isonomia adquire uma perspectiva material, e não apenas formal (associada às liberdades

constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 168

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 324 e 325.

negativas, dos direitos fundamentais de primeira geração). Direitos como educação, saúde e assistência social passam a integrar o conteúdo normativo das Constituições dos países que àquela época começaram a se preocupar com a justiça social. Nas palavras de Ingo Sarlet,

(...) a expressão "social" encontra justificativa, entre outros aspectos (...) na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracterizada) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico⁷

A chamada terceira dimensão de direitos fundamentais urge após os horrores causados pela Segunda Guerra Mundial, tendo forte ligação com o que se denomina de neoconstitucionalismo. A partir do neoconstitucionalismo, são estruturados dois novos paradigmas no direito constitucional moderno. Em primeiro lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana é emergido como princípio condutor tanto dos ordenamentos jurídicos internos como no Direito Internacional. Além disso, a força normativa da Constituição é alçada indiscutivelmente como princípio norteador na hermenêutica jurídica. Destarte, surgem os direitos de terceira, quarta e quinta gerações.

Os direitos de terceira geração possuem como conteúdo aspectos ligados à solidariedade e à fraternidade. Correspondem, pois, em direitos como a autodeterminação dos povos, o meio ambiente equilibrado e a proteção à juventude e à infância. Com o advento da globalização, e a partir dela sendo construída o seu alicerce, surgem os direitos de quarta geração, tais como o acesso à informação, o pluralismo político e o próprio direito à democracia. Por fim, Paulo Bonavides⁸ reconhece o direito à paz como um direito de quinta dimensão.

3. Limitação dos direitos fundamentais

Atualmente, é pacífico o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto. Assumir o contrário implicaria duas consequências indesejadas. Em primeiro lugar, dado o próprio caráter de que se revestem os direitos fundamentais (notadamente normas principiológicas), assumir que um determinado direito fundamental é absoluto implicaria a

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.

⁸ "O direito à paz é concebido ao pé da letra qual o direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grande e pequenas, em todas as esferas". BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 595.

incoerência lógica de, em uma situação fática na qual colidem dois direitos fundamentais, assumir que um é absoluto, relativizando o outro. Ora, se dois princípios fundamentais podem se chocar, é evidente que nenhum deles possui um caráter absoluto. Em outras palavras, significa dizer que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Em segundo lugar, caso os direitos fundamentais pudessem se revestir de um caráter absoluto, haveria uma escusa lícita (pois permitida enquanto praticada no exercício algum direito fundamental) para a prática de atos em desconformidade com o ordenamento jurídico tal como estabelecido idealmente. Nesse sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁹

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais são dotados de relatividade, surgem duas teorias na doutrina constitucional que visam estabelecer os critérios de limitação aos direitos fundamentais, na hipótese de esses colidirem entre si.

3.1. As teorias interna e externa acerca da limitação aos direitos fundamentais

Pela teoria interna, inexistente ponderação quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais. Não existem restrições a um ou outro direito, mas limites intrínsecos a eles mesmos. Assim, o choque entre direitos fundamentais é resolvido por meio de um processo interno, do qual se extraem os limites de cada um. Analisa-se a essência de cada um, em um processo autônomo.

Em outra perspectiva, tem-se a teoria externa, que atualmente desponta como a concepção dominante na jurisprudência e na doutrina nacionais como parâmetro à limitação

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 23.452/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 16/09/1999. Data de publicação: 12/05/2000.

dos direitos fundamentais. Adotando-se a teoria externa, os limites aos direitos fundamentais devem ser estipulados em duas etapas. Na primeira, identifica-se o conteúdo do direito tutelado, cujo escopo deve ser o maior possível. Na segunda etapa, tem-se a definição propriamente dita dos limites externos atinentes à conciliação do direito fundamental em questão com outros direitos fundamentais eventualmente colidentes. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco muito bem discorrem acerca da diferença entre as duas ideias:

Alexy ressalta que entre a teoria interna e a teoria externa existe mais do que controvérsia terminológica ou conceitual. Corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade (e do Estado) tenderá antes para a teoria externa. Ao contrário, aqueles que vislumbram uma necessária integração do indivíduo na comunidade perfilhará a adoção da teoria interna.

A resposta sobre a prevalência de uma ou de outra teoria dependerá, essencialmente, da compreensão sobre os direitos fundamentais.

Se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (Regras: Regel, então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições "*prima facie*" (*prima facie Positionen: princípios*), então há de se considerar correta a teoria externa.¹⁰

Em outras palavras, é possível afirmar que a adoção da concepção dos direitos fundamentais como um conjunto de regras exclui a possibilidade de aplicação da teoria externa. Por outro lado, a escolha pela visão dos direitos fundamentais como um conjunto de princípios refuta a teoria interna. A opção pela teoria externa se revela mais adequada com a doutrina dos direitos fundamentais, notadamente porque escolher a teoria interna significaria assumir que os direitos fundamentais não podem ser restringidos por lei ou mesmo pela ponderação entre princípios conflitantes. Nesse sentido explica Luís Roberto Barroso:

Pela teoria interna, direitos fundamentais são insuscetíveis de restrições externas, mesmo que por lei, fora dos casos expressamente previstos na Constituição. Assim sendo, a demarcação do conteúdo definitivo de um direito é extraída inteiramente do texto constitucional e dos contornos que ele oferece. Como consequência, a teoria interna não admite limitações implícitas reconhecidas por lei, nem tampouco a ponderação. A teoria externa, ao revés, sustenta que a Constituição configura contornos razoáveis máximos do direito fundamental, que tem pretensão *prima facie* de prevalecer em toda a sua extensão. Todavia, por não ser absoluto, poderá entrar em rota de colisão com outros direitos ou bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição. Para a harmonização necessária entre eles, admitem-se intervenções legislativas e ponderação judicial, sempre observada a máxima da proporcionalidade.¹¹

Assumida a teoria externa como a mais compatível com a teoria dos direitos

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 198.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 510.

fundamentais, se torna necessário classificar seus preceitos como normas principiológicas, no que se conhece como a teoria dos princípios. Tanto as regras como os princípios compõem o gênero norma jurídica, mas são os princípios que possuem preceitos semanticamente abertos, dotados de ponderabilidade. Isso significa dizer que os princípios, mesmo quando colidentes entre si, não excluem uns aos outros. Para Ronald Dworkin,

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra freqüentemente será objeto de controvérsia.¹²

3.2. Os direitos fundamentais como normas-principiológicas

A junção de normas-regra e normas-princípio compõem o modelo que melhor se adequa à teoria dos direitos fundamentais. É dizer que o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais possui tanto regras como princípios, sendo que o acolhimento de ambos surge quando uma norma constitucional é feita contendo uma "cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos¹³". O entendimento dos direitos fundamentais unicamente como regras, se adotado, daria margem para concebê-los como absolutos, como se não pudessem ser restringidos.

Acerca do caráter duplo das normas de direitos fundamentais, Jane Reis Gonçalves Pereira discorre:

Partindo de uma distinção qualitativa entre princípios e regras, os catálogos de direitos fundamentais podem ser abordados de três formas distintas. Primeiramente, há quem sustente que todos os direitos fundamentais são tutelados por normas que ostentam a natureza de regras. De outro lado, algumas vertentes situam-se no extremo oposto, entendendo que as normas de direito fundamental são sempre princípios. Conciliando as duas noções, o modelo conhecido como teoria dos princípios defende que os catálogos de direitos fundamentais têm conteúdo mistos, compreendendo tanto normas-regra como normas-princípio.¹⁴

¹² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e p. 42

¹³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

¹⁴ GONÇALVES PEREIRA, Jane R. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 161.

Essa concepção é primordial não apenas para a análise judicial de eventuais conflitos entre direitos fundamentais, com o consequente sopesamento de um em detrimento do outro, mas também porque permite concluir que os direitos fundamentais não são apenas aqueles formal e explicitamente elencados no texto constitucional. É dizer que o sistema de proteção constitucional não é taxativo, tampouco excludente, mas, sim, um modelo aberto, que permite o acolhimento de direitos fundamentais não expressamente elencados na Constituição, desde que estejam material e implicitamente inseridos nos princípios que regem o ordenamento jurídico. Nesse sentido, ainda de acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira,

(...) o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição de 1988. Em nosso ordenamento, observa-se que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas. No texto da Carta de 1988, os direitos fundamentais são tutelados por meio de cláusulas gerais (*lex generalis*) e cláusulas especiais (*lex specialis*), formando assim um conjunto misto que, como destaca Pérez-Luño, é comum nas Constituições contemporâneas.¹⁵

4. Os limites dos limites às restrições de direitos fundamentais

É em função do considerável nível de abstração das normas de direitos fundamentais que a interpretação de suas possíveis restrições ganha importância e, ao mesmo tempo, se revela como um grande desafio. A natureza dessas normas possibilita ao legislador e ao intérprete uma gama maior de aplicações possíveis, muitas delas igualmente válidas, a depender do caso concreto. Em outras palavras, na análise das restrições aos direitos fundamentais, a ponderação entre os princípios surge como ferramenta para evitar arbitrariedades, sendo certo que a adoção de um critério em detrimento de outro deve sempre ser alicerçada nos valores constitucionais mais sensíveis para aquele caso. Marcelo Schenk Duque e Isabela Moreira Antunes do Nascimento, citando Dworkin e Alexy, observam que

As hipóteses descritas, marcadas pela ambiguidade da linguagem, lacunas, desacordos morais e colisão de normas, consubstanciam o que costuma se chamar de “casos difíceis” (DWORKIN, 2016, p. 60), para os quais não existe uma solução perfeita e acabada no sistema jurídico, cabendo ao operador do direito desenvolvê-la e justificá-la. Forte, aqui, é a noção de que não existirá uma única resposta correta para todos os casos (ALEXY, 1990, p. 433). Se não houver transparência, a necessária hermenêutica de direitos fundamentais pode-se transmutar em uma ferramenta desvantajosa no processo democrático (DALLARI, 2011, p. 299ss). Daí a importância de se definir o

¹⁵ GONÇALVES PEREIRA, Jane R. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 165.

âmbito ou núcleo de proteção e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.¹⁶

Destarte, salienta-se que o conteúdo jurídico do direito fundamental não é totalmente acessível para o legislador. Em outras palavras, a discricionariedade quanto ao alcance de um direito fundamental em detrimento do outro só é legítima em um contexto de dúvida. Nesse sentido, afirma Alexy que “se em todos os casos fosse facultado ao legislador decidir, como juiz em causa própria, aquilo que os direitos fundamentais obrigam, proíbem ou facultam em relação a si mesmo, não seria mais possível falar em uma vinculação real – ou seja, controlável – aos direitos fundamentais¹⁷”. Nessa linha de raciocínio, em 22/09/2020, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 843.112/SP, decidiu, em sede de repercussão geral, que “o Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção (Tema 624)”. Naquele caso, embora reconhecida a imposição constitucional no sentido de que os servidores possuem o direito de terem suas remunerações anualmente revistas, essa revisão não significa, necessariamente, recomposição inflacionária. Em seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux consignou:

Evidentemente, não se reveste a parte final do artigo 37, X, da CRFB da mesma clareza. Ao contrário, longe de se tratar de matéria inequívoca, a definição do alcance da expressão “revisão geral anual” tem comportado diferentes interpretações. (...) o constituinte não municiou o artigo 37, X, da CRFB, da mesma densidade normativa de alguns dispositivos que impõem a reposição inflacionária, atribuindo a definição do índice – desde que geral, isonômico e anual – aos poderes políticos, em consonância com outras limitações constitucionais. Ao assim fazer, prestigiou a expertise técnica desses poderes em gerir os cofres públicos e o funcionalismo estatal. É que a revisão geral anual configura exemplo de compromisso dilatatório. (...) a revisão geral da remuneração dos servidores fora imposta pelo constituinte como objetivo constitucional nítido e obrigatório, ainda que referida revisão não resulte em recomposição inflacionária. A distinção merece destaque. Como a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que lhe é facultado, a obrigatoriedade de editar a lei específica da revisão estipendial, ou de apresentar justificativa fundamentada que demonstre a impossibilidade da recomposição salarial dos servidores, claramente constitui a moldura a delimitar a atuação do poder público. Ademais, mesmo o conteúdo do direito à revisão geral não é integralmente disponível ao legislador. A discricionariedade cognitiva normativa só se justifica em caso de incerteza¹⁸.

¹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk Duque. DO NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes. O princípio da proporcionalidade à luz da teoria dos limites dos limites: critérios de análise de restrições a direitos fundamentais. Revista Estudos Institucionais, 2018, v. 4, n. 2, p. 949-968.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 620.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 843112/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 22/09/2020. Data de publicação: 04/11/2020.

Uma vez que a constitucionalização dos direitos fundamentais serve como importante ferramenta de defesa individual frente ao Estado, pode soar um tanto quanto contraditório admitir que o próprio poder estatal pode, de alguma forma, restringi-los. É nesse contexto que surge a ideia de limite dos limites. Vale dizer, a atuação restritiva do Estado deve obedecer a parâmetros de legalidade - material e formal - estabelecidos no texto constitucional. Inobstante a ausência de consenso acerca de quais seriam os limites dos limites dos direitos fundamentais propriamente ditos, Jane Reis Gonçalves Pereira observa que

Na ordem constitucional brasileira não existe referência expressa ao regime jurídico das restrições aos direitos fundamentais. Não obstante, tais garantias defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito, uma vez que consubstanciam exigências fundamentais para a proteção dos direitos e liberdades constitucionais. Conforme assinala Carlos Bernal Pulido, os limites dos limites fazem referência “a um conjunto de regras processuais ou metodológicas, mediante as quais se fazem operativos os enunciados constitucionais”. Nessa perspectiva, o caráter instrumental dos limites dos limites – entendidos como pautas aplicativas dos direitos fundamentais – explica a desnecessidade de sua consagração explícita no texto constitucional, devendo estes ser entendidos como imanentes ao próprio imperativo de proteção jurídico-constitucional dos direitos¹⁹.

Embora não haja consenso na doutrina brasileira a respeito da origem exata da expressão²⁰, a tese, desenvolvida na Alemanha²¹, dos limites dos limites (“Schranken-Schranken”), os quais “compreendem as garantias constitucionais contra as restrições de direitos fundamentais, como é o caso da reserva de lei, do núcleo essencial e dos critérios da proporcionalidade”²², se mostra como importante referencial na interpretação constitucional. Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Cogita-se aqui dos chamados "limites dos limites" ("Schranken-Schranken"), que

¹⁹ GONÇALVES PEREIRA, Jane R. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 342-343.

²⁰ Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que "a expressão *limite dos limites* foi utilizada pela primeira vez por K. H. Wernicke nos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental alemã" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 211, nota 67). Bernardo Gonçalves, por sua vez, consigna que "a expressão *limite dos limites*, segundo Jane Reis, foi utilizada por Karl August Betterman, em uma conferência realizada em Berlim (1964), na qual sustentou que as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição, que são os limites dos limites dos direitos fundamentais" (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348, nota 118)

²¹ A propósito, Gilmar Mendes anota que "a explicitação desse princípio no direito constitucional alemão explica-se por razões de índole histórica. Como se sabe, a Constituição de Weimar era dotada de um catálogo de direitos fundamentais. Esses direitos foram transformados em maculatura com as práticas desenvolvidas pelo regime nazista (MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Revista Doutr. Jurisp., Brasília, maio/ ago. 1993, p. 248)

²² SARLET, Ingo. Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p.170.

balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.²³

Em 08/08/2019, no julgamento da ADI 3446/DF, em que se discutia a constitucionalidade de dispositivos da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, mencionou expressamente a teoria dos limites dos limites como óbice à impugnação dos artigos 16, inciso I (o qual consagra o direito de ir e vir das crianças e dos adolescentes) e 230 (que estabelece como crime a apreensão de menor fora das hipóteses de flagrante ou de cumprimento de mandado de apreensão) do Estatuto. O partido político autor da ação pedia ao Supremo que desse interpretação conforme a Constituição, a fim de que fosse permitida a apreensão de crianças e de adolescentes para “averiguação” ou em decorrência de “perambulação”, caso houvesse ordem escrita e fundamentada do Poder Judiciário. Alegava que os referidos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente violariam o devido processo legal e a proteção integral. Na fundamentação de seu voto, que foi seguido de forma unânime pelo colegiado, com o julgamento pela improcedência da ação, o Ministro Relator ressaltou que:

A definição do âmbito de proteção da liberdade de ir e vir das crianças (Schutzbereich) e de suas restrições ou limitações (Schranke oder Eingri) é possível, quando existirem conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos.

(...) o pedido formulado nesta ação busca eliminar completamente o direito de liberdade dos menores, o núcleo essencial, indo além dos limites iminentes ou “limites dos limites” (Schranken-Schranken) desse direito fundamental, restabelecendo a já extinta “prisão para averiguações”, que também viola a norma do art. 5º, LXI, da CF/88, segundo a qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente

Entendimento em sentido contrário poderia dar azo a apreensões sem fundamento constitucional, em violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e qualquer tipo de controle.

Serviriam, ainda, para a implementação de uma política higienista que, em vez de reforçar a tutela dos direitos dos menores, restringiria ainda mais o nível de fruição de direitos, amontoando crianças em unidades institucionais sem qualquer cuidado ou preocupação com o bem-estar desses indivíduos.²⁴”

Em 29/06/2020, nos autos da ADPF nº 131/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os artigos 38, 39 e 41 do Decreto 20.931/1932, bem como os artigos 13 e 14 do Decreto 24.492/1934, foram recepcionados pela Constituição Federal. O autor da ação argumentava que

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 211-222)

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3446/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 08/08/2019. Data de publicação: 31/07/2020.

os Decretos Presidenciais, ambos da década de 30, limitariam a liberdade profissional dos optometristas, como são denominados os profissionais da saúde que diagnosticam problemas na visão e os corrigem. As normas impugnadas não permitem, por exemplo, que optometristas prescrevam lentes de grau e tenham seus próprios consultórios. Ainda segundo o autor da ação, as restrições foram estabelecidas em um contexto no qual a função era desempenhada eminentemente por “práticos”. Atualmente, com a função sendo oferecida por instituições de ensino superior, a restrição violaria o direito fundamental atinente à liberdade do exercício profissional, além dos princípios da isonomia e da livre iniciativa. A tese não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou a ação improcedente, tendo o Ministro Relator considerado que a limitação não ultrapassou os limites da proporcionalidade:

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais

(...) Nessa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Na espécie, a restrição da liberdade de profissão foi realizada por instrumento normativo constitucional à época de sua edição e pauta-se pela qualidade profissional de atividade com potencial lesivo, qual seja, a prescrição de lentes óticas, cujo emprego sem a correta tecnicidade podem agravar doenças e condições oftalmológicas ou aviltar qualquer diagnóstico preventivo ou repressivo inicial.

(...) entendo que a restrição em comento não é desproporcional nem inconstitucional – ao menos antes da formação dos primeiros tecnólogos ou bacharéis em optometria – diante do fato de estar assentada em risco de dano coletivo à saúde de forma concreta tendo em conta o fato de que a imensa maioria dos optometristas são práticos (sem qualquer formação profissional).

Na espécie, não parece haver dúvida de que em um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda-se a manutenção da proibição de prescrição de lentes óticas pelos optometristas (ou venda sem prescrição médica), independentemente de serem práticos ou qualificados, até que o Congresso Nacional possa deliberar sobre o mercado desses profissionais.

(...) a opção legal pela necessidade de “qualificação profissional”, apesar de restringir o direito fundamental à liberdade profissional dos optometristas com formação profissional superior (tecnóloga ou bacharelado), não permite sua liberação indiscriminada ao menos na atual senda pelo Poder Judiciário.²⁵

4.1. Os atributos da clareza, da determinação e da generalidade

A clareza e a determinação surgem como atributos do princípio da segurança jurídica. É dizer que as normas restritivas, enquanto limitadoras de direitos fundamentais num Estado de Direito, devem ser claras e determinadas, de forma a permitir que o cidadão que se encontre de alguma forma atingido pela restrição possa entender o contexto jurídico no qual está inserido.

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 131/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 29/06/2020. Data de publicação: 21/10/2020.

Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador²⁶.

Pelo atributo da generalidade entende-se que as normas restritivas de direitos fundamentais não podem possuir conteúdo casuístico ou discriminatório. Devem, pois, ser dotadas de generalidade e abstração, “evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos²⁷”. É do requisito da generalidade que se extrai a vedação a restrições casuísticas. Acerca do princípio da proibição de restrições casuísticas, Canotilho esclarece que:

As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas), de natureza restritiva, violam o princípio material da igualdade, discriminando, de forma arbitrária, quanto à imposição de encargos para uns cidadãos em relação aos outros; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um ato administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso de poder legislativo e violação do princípio da separação dos poderes; (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação, expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação.²⁸

4.2. A proteção do núcleo essencial do direito

A proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais diz respeito à necessidade de ser preservada a essência daquela determinada garantia, sob pena de ilegalidade da restrição imposta. Em outras palavras, mesmo diante de uma limitação, há um núcleo daquele direito que não pode ser objeto de supressão. Existe, pois, uma espécie de imunidade à ação restritiva quando essa se choca de forma explícita com o núcleo básico de determinado direito. Para Daniel Sarmiento, o núcleo essencial consiste em um “reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”²⁹. É um dos limites dos limites às restrições dos direitos fundamentais, notadamente porque o desrespeito ao núcleo essencial significa a distorção do

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Revista Dou. Jurisp., Brasília, maio/ ago. 1993, p. 249

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Revista Dou. Jurisp., Brasília, maio/ ago. 1993, p. 249

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 4ª ed. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 1986, p. 614

²⁹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

espírito constitucional.

De acordo com a teoria absoluta, o núcleo essencial não pode ser restringido em nenhuma hipótese. Isso porque o denominado “núcleo essencial” consistiria, na verdade, em um instituto autônomo, imune a qualquer ação restritiva por ser por si só dotado um conteúdo intransigente, que não pode sofrer qualquer limitação. Os adeptos da teoria relativa, por outro lado, advogam que o núcleo essencial deve ser definido no caso concreto, devendo ser questionado o fim precípua gerador da restrição da norma. O núcleo essencial seria definido caso a caso e “seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade, de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório³⁰”. Flávio Martins bem sintetiza:

(...) prevalece no Brasil a teoria relativa, com a qual concordamos. O núcleo essencial dos direitos fundamentais não é encontrado aprioristicamente, mas na solução de cada caso concreto, através da aplicação do princípio da proporcionalidade

(...) Como afirmamos acima, embora não previsto expressamente em nossa Constituição, a garantia do núcleo essencial foi acolhida pelo direito brasileiro, como afirma Gilmar Mendes no voto ora em análise [HC 82.959, que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado nos crimes hediondos] : “embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a ideia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental³¹”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido reiteradamente do conceito da proteção do núcleo essencial para julgar diversos casos recentes que levam em conta a restrição de direitos fundamentais. Exemplo concreto de aplicação do referido princípio se deu no dia 14/11/2018, nos autos do RE 971.959/RS, quando foi fixada a tese segundo a qual “a regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade (Tema 907)”. Naquela oportunidade, o Relator, Ministro Luiz Fux, concluiu ser possível a restrição ao princípio da vedação à autoincriminação, desde que não se atinja o núcleo essencial da garantia “por meio da exigência de uma postura ativa do agente na assunção da responsabilidade que lhe é imputada; e que (b) a restrição decorra de um exercício de ponderação que viabilize a

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 213-214.

³¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 692.

efetivação de outros direitos também assegurados constitucionalmente, respeitado o cânone da dignidade humana do agente”. Asseverou o Ministro que:

A relativização da máxima *nemo tenetur se detegere* verificada in casu é admissível, uma vez que atende às duas premissas fundamentais (a) A uma porque não afeta o núcleo irredutível da garantia enquanto direito fundamental, qual seja, jamais obrigar o investigado ou réu a agir ativamente na produção de prova contra si próprio. É que o tipo penal do art. 305 do CTB visa a obrigar que o agente permaneça no local do acidente de trânsito até a chegada da autoridade competente que, depois de identificar os envolvidos no sinistro, irá proceder ao devido registro da ocorrência. Ocorre que a exigência de permanência no local do acidente e de identificação perante a autoridade de trânsito não obriga o condutor a assumir expressamente eventual responsabilidade cível ou penal pelo sinistro e nem, tampouco, ensejará que contra ele seja aplicada qualquer penalidade caso não o faça;

(b) A duas porque, em um exercício de ponderação, a referida flexibilização possibilita a efetivação em maior medida de outros princípios fundamentais com relação aos quais colide no plano concreto, sem que, ademais, acarrete qualquer violação à dignidade da pessoa humana.³²

Em 13/10/2020, no bojo da ADI 6.096/DF, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, o STF decidiu ser inconstitucional o artigo 24 da Lei 13.846/2019, por ofensa ao artigo 6º da Constituição Federal e à jurisprudência do próprio Supremo. Referido dispositivo havia instituído um prazo decadencial para a revisão de ato de indeferimento, cancelamento ou cessação de benefício previdenciário. Em sua argumentação, o Ministro considerou que uma vez concedida a pretensão de recebimento do respectivo benefício, o direito se faz preservado. Instituir um prazo decadencial para os casos de indeferimento, cancelamento ou cessação do benefício antes mesmo de sua concessão fere o próprio núcleo essencial do direito, na medida em que as decisões administrativas, nesses casos, negam o próprio benefício, inviabilizando a reconsideração da decisão denegatória e o direito material à prestação previdenciária. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin anotou que:

O núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é imprescritível, irrenunciável e indisponível, motivo pelo qual não deve ser afetada pelos efeitos do tempo e da inércia de seu titular a pretensão relativa ao direito ao recebimento de benefício previdenciário.

No caso dos autos, ao contrário, admitir a incidência do instituto para o caso de indeferimento, cancelamento ou cessação importa ofensa à Constituição da República e ao que assentou esta Corte em momento anterior, porquanto, não preservado o fundo de direito na hipótese em que negado o benefício, caso inviabilizada pelo decurso do tempo a rediscussão da negativa, é comprometido o exercício do direito material à sua obtenção.³³

³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 971959/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 14/11/2018. Data de publicação: 31/07/2020.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6096/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 13/10/2020. Data de publicação: 26/11/2020.

No julgamento da ADI 5852/MS, em 24/08/2020, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do Decreto 14.827, do Estado do Mato Grosso do Sul, que cerceava manifestações públicas em parque local da cidade de Campo Grande, estabelecendo penalidades no caso de descumprimento. Na visão do Ministro, alguns dos dispositivos do Decreto impediam o pleno exercício dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e do direito de reunião, expressamente consagrados no texto constitucional. As medidas restritivas incluíam a proibição da utilização de “qualquer forma de comunicação visual (cartazes) ou auditiva (ruídos) que transmita a mensagem motivadora da reunião a terceiros”. Na prática, a norma estadual dava ao Poder Público o que o Ministro Dias Toffoli chamou de “carta branca para a restrição do uso do bem público com base em juízo de conveniência e oportunidade das autoridades”. Em seu voto, o Ministro Relator considerou que as restrições eram “incompatíveis com a dimensão axiológica do direito fundamental de reunião”, discorrendo que:

É certo que não há direitos constitucionais absolutos. Devem todos ser compreendidos dentro do sistema normativo-constitucional vigente, de modo a que se lhes confira a máxima efetividade sem se olvidar a coerência que o sistema impõe. Assim, mesmo os direitos fundamentais, tais como os que ora se analisam, direito de manifestação e direito de reunião, são passíveis de limitação em seu alcance. A própria Constituição Federal, seja por normas explícitas, seja por seu arcabouço principiológico, estabelece como e quando pode haver alguma limitação no exercício dos direitos fundamentais. As limitações não podem, portanto, ser feitas à revelia da Constituição e somente se configuram como legítimas quando realizadas de acordo com as prescrições do texto constitucional.

Não se admite, contudo, que uma norma, a pretexto de regulamentar direito fundamental, finde por esvaziar seu núcleo essencial, inviabilizando seu exercício, o que ocorre no caso do autos.

O decreto governamental sob exame, ao invés, atinge o núcleo essencial dessa liberdade constitucional e, a um só tempo, frustra as legítimas expectativas de que o Estado cumpra suas obrigações, positivas e negativas, correspondentes ao direito de reunião.

In casu, o Poder Executivo foi além do que a Constituição Federal autoriza em matéria de legalidade, ao criar, ab nihilo, tipos sancionadores que inovam na ordem jurídica e que representam verdadeira restrição do núcleo essencial do direito fundamental, sem fundamento legal que delineie princípios inteligíveis (intelligible principles) aptos a guiar sua respectiva aplicação e controle.³⁴

4.3. A reserva de lei

O princípio da legalidade como obstáculo à restrição de direitos fundamentais se encontra diretamente relacionado com a preocupação da sociedade liberal em delimitar a atuação do Poder Executivo. Relaciona-se com o próprio Estado de Direito e com a ascensão

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5852/MS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 24/08/2020. Data de publicação: 26/11/2020.

do poder do Poder Legislativo, que passa a ser o principal responsável pela demarcação dos limites à atuação administrativa, notadamente por meio dos mecanismos de freios e contrapesos estabelecidos nas Constituições. As reservas legais, “em termos gerais, podem ser definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais³⁵. Esse papel de conferir legitimidade à restrição em abstrato é de notável proeminência, especialmente quando se considera que os direitos fundamentais formam o alicerce das Constituições modernas. Ao contrário de alguns países que expressamente estipulam a reserva de lei como um dos limites às restrições de direitos fundamentais, a ordem constitucional brasileira não prevê de forma direta essa limitação, até por não haver, em nosso ordenamento, um conjunto de regras expressas que regulam a disciplina dos direitos e garantias fundamentais. Como observa Jane Reis Pereira Gonçalves,

No sistema constitucional brasileiro, como se sabe, não há um conjunto de preceitos regulando especificamente a questão das limitações aos direitos fundamentais. Não obstante, o art. 5o, II, da Constituição Federal estampa, de forma genérica, o princípio da legalidade na sua dimensão de reserva da lei. Além disso, é possível extrair a exigência de lei formal em matéria de direitos fundamentais dos dispositivos constitucionais que regulam a participação do Executivo na atividade legislativa. De um lado, o art. 62, II, a, veda a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a nacionalidade, cidadania e direitos políticos. De outro, o art. 68, § 1o, II, proíbe a delegação legislativa formal no que diz respeito a “nacionalidade, cidadania, direitos políticos e eleitorais”. Além disso, a reserva de lei é uma consequência lógica da circunstância de a Constituição exigir, em relação aos direitos expressamente sujeitos à reserva legal, a forma legislativa. Como já se destacou, se tal exigência é aplicável nas hipóteses em que a Constituição autoriza expressamente a edição de lei restritiva, seria ilógico entendê-la dispensável quanto às restrições não expressamente autorizadas pela Constituição³⁶.

O substrato do princípio da legalidade aplicável às restrições dos direitos fundamentais é a reserva de lei restritiva, já tendo o Supremo Tribunal Federal se posicionado recentemente no sentido de que se trata de um dos limites dos limites às restrições dos direitos fundamentais. Em 18/10/2019, nos autos da ADPF 310/DF, proposta por associações de juízes e julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, questionava-se a constitucionalidade de ato emanado pela Ordem dos Advogados do Brasil que tinha ampliado o alcance da conhecida “quarentena” temporária de três anos a que magistrados se submetem quando deixam a atividade judicante. Enquanto o texto constitucional, em seu artigo 95, inciso V, estabelece a vedação do exercício da advocacia a ex-magistrados no “juízo ou tribunal do qual se afastou,

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 400.

³⁶ GONÇALVES PEREIRA, Jane R. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 347-348.

antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”, a Ementa 18/2013, do Conselho Federal da OAB, havia ampliado esse impedimento a “todo o todo o âmbito territorial alcançado pelas instâncias judiciais de que os magistrados se tiverem afastado e, ainda, a todos os integrantes de sociedades de advogados que possuam ou venham a admitir magistrados aposentados em seu quadro profissional durante o período de quarentena”. Em seu voto, o Relator do caso, Ministro Alexandre de Moraes, argumentou que o permissivo constitucional à restrição do exercício de profissões e ofícios (previsto no artigo 5º, inciso XIII) se submete à reserva legal qualificada. Ou seja, a restrição não pode ser efetuada mediante fonte jurídica diferente da ação legislativa. Por isso, a Ementa da OAB foi julgada inconstitucional, nos termos do voto do Ministro Relator, que esclareceu:

Tal como no precedente que se vem de referir, a medida examinada no caso concreto se revela igualmente atentatória ao princípio da reserva legal em sentido formal. Conforme consolidado pela jurisprudência desta SUPREMA CORTE (RE 603.583, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 25/5/2012; e RE 511.961, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 13/11/2009), a cláusula constitucional hospedada no art. 5º, XIII, da Constituição Federal é asseguradora de direito fundamental – o exercício de profissões e ofícios – cuja restrição está submetida à reserva legal qualificada, não podendo ser formalizada por fonte jurídica diversa da legislativa. A expansão da incidência da quarentena para contemplar, sob sua força impositiva, Tribunais sem qualquer vínculo funcional com ex-magistrados, bem como advogados a eles associados formal ou informalmente, materializa uma radical quebra da mensagem normativa do art. 95, V, da CF.

Conforme observado em parecer pelo Procurador-Geral da República, o postulado da máxima efetividade das normas constitucionais não corrobora a exasperação descriteriosa dos aspectos teleológicos de normas limitadoras de direitos fundamentais (...)

Em 05/04/2018, no julgamento da ADI 4717/DF, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a diminuição, efetuada através de Medida Provisória, de espaços territoriais especialmente protegidos. Naquele caso, se analisava a possibilidade de alteração de áreas de unidade de conservação por meio de Medida Provisória. Inobstante não ter havido a declaração de nulidade da norma objeto de análise naqueles autos, uma vez que a Medida Provisória nº 558/2018 já havia sido convertida na Lei nº 12.678/2012, o Ministro Alexandre de Moraes ponderou em seu voto que, em se tratando da supressão de regime jurídico de proteção ao meio ambiente, é imprescindível a observância ao princípio da reserva legal, mediante a edição de lei em sentido formal:

Em que pese a proteção ao meio ambiente não constar expressamente no elenco de limitações do art. 62, § 1º, CF, tenho que a exigência de reserva legal constante do art. 225, § 1º, III, da CF, não é satisfeita apenas com a edição de lei em sentido formal, mas também exige que essa lei seja editada mediante o processo legislativo comum ordinário, como garantia de que opção política dessa natureza seja amadurecida por

um debate parlamentar qualificado, com ampla participação da sociedade. Caso se permita a conclusão de que medidas provisórias satisfazem a exigência de reserva legal – com base na referência do art. 62, caput, da CF, de que medidas provisórias “tem força de lei” –, haveria indevido esvaziamento da salvaguarda estabelecida pelo legislador constituinte em prol da defesa do meio ambiente.

A necessidade de preservação dos recursos naturais e, conseqüentemente, a manutenção do equilíbrio mínimo necessário ao meio ambiente, estará sempre a exigir uma adaptação dos conceitos tradicionais do Direito principalmente, o direito de propriedade para fins de aplicação, pois, como bem ressaltado por Pascale Kromareki, existe a necessidade de uma adaptação de certos conceitos para o combate à poluição da água e do ar, e, no caso em questão, a ampliação de restrições que exigiria a observância do princípio da reserva legal, com a edição de lei formal e não medida provisória³⁷.

4.4. A proporcionalidade

Enquanto princípio³⁸, a proporcionalidade se apresenta como um dos principais mecanismos de controle, pelos cidadãos, de atos praticados pelo poder público. Vale dizer, por meio do postulado da proporcionalidade é possível se fazer o cotejo entre a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de atos praticados pelo Estado que atinjam a vida dos cidadãos. Em outras palavras, é a verificação entre os fins almejados pelo poder público - sempre com fulcro no interesse público - e os respectivos meios usados para a consecução daquela finalidade.

O princípio da proporcionalidade possui duas perspectivas. Em um primeiro momento, a proporcionalidade serve como parâmetro de controle de constitucionalidade. Vale dizer, quando o Estado interfere em direitos de terceiros de forma desproporcional, a proporcionalidade aparece como mecanismo de controle daquela medida restritiva desmesurada. Tem-se, nesse caso, a proibição do excesso, dando ao princípio da proporcionalidade uma feição de direito de defesa dos cidadãos atingidos pela atuação estatal indevida.

Por outro lado, quando o Poder Público age aquém daquilo que deveria, tanto no caso de uma prestação insuficiente como no caso de uma prestação inexistente, decorre do princípio

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4717/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 05/04/2018. Data de publicação: 15/02/2019.

³⁸ Diante da divergência quanto à nomenclatura adequada para o parâmetro da proporcionalidade, faz-se necessária a observação feita por Luís Roberto Barroso: “no Brasil, como em outras partes do mundo, utiliza-se o termo princípio para designar a proporcionalidade. Com isso se destaca a proeminência do conceito, como comando dirigido ao intérprete. Eu mesmo me refiro a ela como um princípio instrumental de interpretação constitucional. A proporcionalidade, no entanto, não corresponde ao conceito de princípio de Robert Alexy, como sendo um “mandado de otimização”. Aliás, o próprio Alexy se refere à proporcionalidade como regra. Nada obstante, em razão da tradição do emprego da expressão princípio da proporcionalidade, já enraizado na doutrina e na jurisprudência, será mantido o seu uso” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 513, Nota 102)

da proporcionalidade a proibição da proteção deficiente. Dessa noção é que surge a ideia segundo a qual o princípio da proporcionalidade possui uma “dupla face, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade da ação estatal³⁹”.

Quando a proporcionalidade assume o papel de controle de constitucionalidade de medidas restritivas a direitos fundamentais, o cotejo entre os meios e os fins empregados pelo Estado é feito através da observância de três atributos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em apartada síntese, o ato será adequado quando puder ser suficiente para o atingimento do fim pretendido. Será necessário quando o objetivo pretendido não puder ser alcançado por nenhum outro meio que seja menos gravoso. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado⁴⁰. Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito demanda a permanência do estado de equilíbrio, valendo-se da comparação daquilo que foi empregado com o que resultado efetivo. Tratando-se da última etapa, é importante na medida em que uma ação, ainda que em determinado contexto tenha se mostrado adequada e necessária, poderá ter se desviado da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal constantemente tem utilizado o conceito de proporcionalidade como ferramenta de interpretação na análise das restrições aos direitos fundamentais. Em 12/02/2020, nos autos do RE 607107/MG, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: "é constitucional a imposição da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ao motorista profissional condenado por homicídio culposo no trânsito" (Tema 486). Naquela oportunidade, em caso concreto envolvendo motorista profissional que havia sido condenado, por homicídio culposo na direção de veículo automotor, à pena de suspensão da habilitação para dirigir, o Supremo se valeu do princípio da proporcionalidade para considerar constitucional a penalidade imposta. Em seu voto, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, analisando o caso à luz dos atributos do princípio da

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 405

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 227

proporcionalidade, elucidou que:

Significa dizer que o direito ao exercício de atividade profissionais não é absoluto, comportando restrições por parte do legislador, especialmente aquelas voltadas a garantir a segurança de terceiros (ADPF 183, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 27.09.2019). É exatamente a situação que aqui se examina, na medida em que a suspensão da habilitação do motorista que comete delito de trânsito configura uma restrição legal à atividade profissional, apta a proteger a vida e a integridade física dos demais motoristas e pedestres.

Resta verificar se a restrição imposta ao exercício da atividade do motorista profissional é proporcional e compatível com os demais princípios constitucionais.

(...) a restrição respeita o princípio da proporcionalidade.. Como já exposto, a aplicação da pena de suspensão de habilitação é bastante adequada para a repressão do crime cometido e para a prevenção de outros delitos da mesma espécie.

Não existem, por outro lado, meios menos gravosos para a obtenção do mesmo resultado. Somente por meio da privação total de liberdade, muito mais gravosa, se conseguiria afastar o perigo que o condenado pode gerar a terceiros na condução de veículo automotor. Outras medidas, como a proibição de frequentar determinados lugares ou a limitação de fim de semana, não produziriam o mesmo efeito. Finalmente, do ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, a suspensão do direito de dirigir não impossibilita o motorista profissional de auferir recursos para sobreviver, já que ele pode extrair seu sustento de qualquer outra atividade econômica⁴¹.

No julgamento da ADI 4351/PR, em 24/08/2020, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 16.239/2009, do Estado do Paraná. A norma estadual estabelece restrições ao uso de produtos fumígenos em ambientes de uso coletivo no Estado. Um dos argumentos apresentados pela parte autora era o de que o referido diploma legal estadual seria materialmente inconstitucional, uma vez que violaria o postulado da proporcionalidade. A tese não convenceu o Supremo, que declarou a constitucionalidade da lei então impugnada. Em seu voto, a Ministra Relatora Rosa Weber entendeu que a opção legislativa adotada é condizente com o princípio da proporcionalidade por não violar o núcleo das liberdades individuais e econômicas fundamentais, ponderando que:

Quanto às alegações de inconstitucionalidade material, não se verifica ofensa às liberdades fundamentais. A lei contestada não proíbe o exercício do direito individual de uso de produtos fumígenos, o que regulamenta é a restrição desse uso em ambientes coletivos fechados, de modo a equalizar de forma proporcional o conflito dos direitos de terceiros não fumantes e proteção adequada à saúde, conforme art. 196 da Carta Federal. Ademais, inexistente violação da livre iniciativa, livre comércio e livre concorrência, pois a comercialização do produto igualmente não foi objeto de proibição. Foram fixadas restrições razoáveis que visam à proteção da saúde e do consumidor, limites aos quais estão sujeitas quaisquer atividades econômicas⁴².

Em 08/03/2021, nos autos da ADI 3481/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 607107/MG. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 12/02/2020. Data de publicação: 14/04/2020

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4351/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 24/08/2020. Data de publicação: 17/09/2020.

inconstitucionais o inciso III e os parágrafos 1º e 2º, todos do artigo 18, do Conselho Federal de Psicologia (CFP). Referidos dispositivos haviam restringido a comercialização e o uso de manuais de testes psicológicos para apenas profissionais inscritos no CFP, além de obrigarem as respectivas editoras a registrar dados dos psicólogos compradores. No caso, prevaleceu a tese do Ministro Relator, Alexandre de Moraes, para quem as restrições foram desproporcionais e violaram o acesso à informação e o princípio da liberdade de manifestação do pensamento. Em seu voto, o Ministro Relator considerou a dimensão da proibição da proteção insuficiente do princípio da proporcionalidade, discorrendo que:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbot), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebot). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermaßverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermaßverbot). Aqui, estão em causa valores constitucionais extremamente sensíveis, tais como a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de cátedra, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, tudo isso tendo como pano de fundo o ambiente de profusão de ideias e todo o seu histórico de atuação política, fundamental ao desenvolvimento do nosso atual sistema democrático.

Conjugando esses magistérios com o caso concreto, parece-me que exigir que “Os manuais de testes psicológicos devem conter a informação, com destaque, que sua comercialização e seu uso são restritos a psicólogos regularmente inscritos em Conselho Regional de Psicologia”, repassando encargo às editoras, por meio de seus responsáveis técnicos, de criarem “procedimento de controle onde conste o nome do psicólogo que os adquiriu, o seu número de inscrição no CRP e o(s) número(s) de série dos testes adquiridos”, viola frontalmente o art. 220, caput c/c § 6º, Constituição Federal, na medida em que restringe desproporcionalmente o acesso e a difusão de manuais de testes psicológicos, razão pela qual deve ser declarada a inconstitucionalidade material dos dispositivos questionados⁴³.

5. Conclusão

A título de encerramento, conclui-se que o estudo dos direitos fundamentais tem sido cada vez mais relevante, assumindo destaque na doutrina constitucional contemporânea em função de seu caráter de normas principiológicas. Nesse cenário, ganha destaque um dos principais assuntos que orbitam a teoria geral dos direitos fundamentais: as restrições e suas imanências.

O sopesamento, caso a caso, dos princípios constitucionais que alicerçam todo o ordenamento jurídico brasileiro ganha apreço tanto da doutrina como da jurisprudência nacionais, que dão à temática dos limites dos limites às restrições de direitos fundamentais a

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3481/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 08/03/2021. Data de publicação: 06/04/2021.

interpretação mais harmônica com a essência da Constituição Federal de 1988.

A importância da temática pode ser extraída da quantidade de julgados proferidos recentemente pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Isso porque os limites dos limites às restrições de direitos fundamentais têm servido como um recorrente parâmetro de interpretação constitucional pela maior instância judiciária do país, como visto ao longo deste artigo.

6. Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3481/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 08/03/2021. Data de publicação: 06/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4717/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 05/04/2018. Data de publicação: 15/02/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5852/MS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 24/08/2020. Data de publicação: 26/11/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6096/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 13/10/2020. Data de publicação: 26/11/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3446/DF.

Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 08/08/2019. Data de publicação: 31/07/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4351/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Rosa Weber. Data de julgamento: 24/08/2020. Data de publicação: 17/09/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 310/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 18/10/2019. Data de publicação: 27/02/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 131/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 29/06/2020. Data de publicação: 21/10/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 971959/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 14/11/2018. Data de publicação: 31/07/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 843112/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 22/09/2020. Data de publicação: 04/11/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 607107/MG. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de julgamento: 12/02/2020. Data de publicação: 14/04/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança: RMS 23.452/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 16/09/1999. Data de publicação: 12/05/2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 4ª ed. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1991.

DEMARCHI, Clovis. FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. 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, ano jul/dez 2015/ v.1, n.2, p.73-89. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/738/734>

DUQUE, Marcelo Schenk Duque. DO NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes. O princípio da proporcionalidade à luz da teoria dos limites dos limites: critérios de análise de restrições a direitos fundamentais. Revista Estudos Institucionais, 2018, v. 4, n. 2, p. 949-968. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/308/290>

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES PEREIRA, Jane R. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KIM, Richard Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, ano 16, nº 40, p. 165-187, Abril-Junho/2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2012.pdf?d=636688172701896480>

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Revista Dout. Jurisp., Brasília, maio/ ago. 1993, p. 39-69 Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34966/a%20doutrina%20constitucional.pdf?sequence=1>

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MOYSÉS, Pedro Henrique. COUTO, Maria Laura Tolentino Marques Gontijo. Revista Annales, 2017, v. 2 n.2, p. 139-145. Disponível em: <https://faje.edu.br/periodicos/index.php/annales/article/view/3825/3877>

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria dos direitos humanos na ordem internacional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47 e 48.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.

SARLET, Ingo. Revista Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28337/006_sarlet.pdf?sequence=3

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 324 e 325.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. As fronteiras dogmáticas dos direitos fundamentais: anotações acerca do conceito de conteúdo essencial. Revista Lex Humana, 2013, Editora Universidade Católica de Petrópolis, v. 5, n. 1, p. 78-93. Disponível em: [https://digitalis.uc.pt/pt-pt-artigo/fronteiras_dogm%C3%A1ticas_dos_direitos_fundamentais_annota%C3%A7%C3%B5es_acerca_do_conceito_de_conte%C3%BAdo](https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/fronteiras_dogm%C3%A1ticas_dos_direitos_fundamentais_annota%C3%A7%C3%B5es_acerca_do_conceito_de_conte%C3%BAdo)

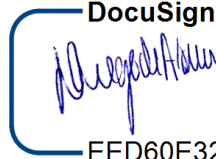
TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Diego de Abreu, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41629671, período matutino, turma 10A, tendo realizado o TCC com o título: limites dos limites às restrições de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob a orientação da Professora Dra. Geisa de Assis Rodrigues, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 21 de maio de 2021. .

DocuSigned by:



EED60E3272694F3

Assinatura do discente