

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES JURÍDICOS*
FUNDAMENTAL RIGHTS AND LEGAL LIMITS

*César Augusto Wolff***

Resumo: Este artigo analisa o problema da aplicação dos direitos fundamentais em razão dos limites jurídicos que lhe são impostos. Muitas vezes a dificuldade de aplicação dos direitos fundamentais decorre do limite que lhe é imposto pela própria lei, ou mesmo pelo confronto com um direito de mesma natureza. O objetivo deste estudo é saber quais, e de que tipos são, os limites que o Direito impõe à aplicabilidade dos direitos fundamentais. A questão ganha importância ante a necessidade compatibilizar os referidos limites ao mandamento de aplicação imediata constante do §1º art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Aplicabilidade. Limites Jurídicos. Restrições.

Abstract: This article analyzes the problem of enforcement of fundamental rights because of legal limits imposed on it. Often the difficulty of enforcing fundamental rights arises from the limit imposed on it by the law, or even by comparison with a right of similar nature. The objective of this study is to know what, and what types are the limits that the law imposes the applicability of fundamental rights. The issue gains importance given the need to reconcile those limits with the command of apply immediately contained in § 1 art. 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Fundamental Rights. Applicability. Legal Limits. Restrictions.

* Artigo Científico apresentado para avaliação nas Disciplinas “Política da Produção do Direito” e “Teoria dos Direitos Fundamentais”, ministradas pelo Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão, no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, na Linha de Pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”.

** Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: cesarwolff@oab-sc.org.br

1 INTRODUÇÃO

A chamada Era dos Direitos – no dizer de Bobbio¹ – tem sido considerada a grande conquista da civilização contemporânea, justamente por conta da afirmação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, da cidadania e do Estado Democrático de Direito. O estudo minucioso do seu regime jurídico e âmbito de aplicação é o objeto do presente trabalho, que ficará voltado, mais precisamente, à investigação dos limites jurídicos a que estão constitucionalmente sujeitos.

Para tanto, buscar-se-á categorizar os direitos fundamentais, mediante análise de sua afirmação histórica, conceituação, características principais, tipologia, aplicabilidade e, finalmente, restrições e limites incindíveis.

Instiga ao estudo o fato de que, apesar da determinação constitucional expressa de aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais, constante do § 1º art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda se encontra muita dificuldade na afirmação de diversos direitos desta natureza.

A partir da utilização do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, procurar-se-á demonstrar de que espécie e em que extensão os direitos fundamentais estão sujeitos a limites pelo próprio Direito.

2 AS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A afirmação de direitos fundamentais encontrou no Estado Constitucional a garantia de sua positivação e observância. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:

Adotou-se a praxe de instituir nas próprias Constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, justamente porque, dessa forma, incorporados ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem plena eficácia.²

Foi, no entanto, um longo caminho percorrido pela humanidade até a afirmação

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 179.

destes direitos.

Para muitos, já na Idade Antiga havia “a referência a um Direito superior, não estabelecido pelos homens, mas dado a estes pelos deuses.”³ Os autores fazem referência à *Antígona*, de Sófocles, em que se invoca direito inviolável para resistência ao direito positivo dos homens.

Segundo José Afonso da Silva, o cristianismo também contribuiu para afirmação dos direitos fundamentais:

Cristianismo primitivo [...] continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus e esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles; há, no entanto, quem afirma que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas, especialmente, uma aceitação conformista do fato da escravidão humana.⁴

Na Idade Média contribuiu para a doutrina dos direitos fundamentais a *Suma Teológica* (Séc. XIII) de São Tomás de Aquino, que ao estabelecer uma hierarquia para as normas jurídicas limitou as leis dos homens. Para essa doutrina Suprema é a lei eterna, que só Deus conhece na plenitude; seguida pela lei divina, parte da lei eterna revelada por Deus ou declarada pela Igreja; por sua vez, seguida pela lei natural, que o homem descobre por meio da razão, e, finalmente, pela lei humana, que é a lei positiva.⁵

Com o jusnaturalismo de base racionalista surgiram as doutrinas contratualistas da Idade Moderna (Séc. XVII e XVIII) e foram estabelecidas as bases para as revoluções burguesas em que se afirmou, pela primeira vez em caráter universalizante, direitos pré-existentes do homem. Na expressão utilizada por Bobbio ocorre uma verdadeira revolução copernicana, que marca a passagem do “código dos deveres para o código dos direitos”.⁶ É aí que “se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro,

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 177-178.

⁵ Citado por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p. 10.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 57.

direitos, e, depois, deveres perante o Estado”.⁷

A Inglaterra, antecipadamente, produziu diversas cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, aí compreendia a Magna Carta (1212-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Mas foram as revoluções americana e francesa que vieram acompanhadas das declarações de direitos no sentido moderno.

A primeira declaração de direitos foi a da Virgínia, uma das treze colônias da Inglaterra na América do Norte, e que, produzida em 12 de janeiro de 1776, “se preocupara com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes.”⁸ Foi, no entanto, a Declaração de Independência das colônias Norte-Americanas, de 04 de julho de 1776 e de autoria de Thomas Jefferson, que teve maior repercussão dentre todas as demais colônias.

Aprovada um pouco mais tarde, em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Nacional francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão marcou o caráter universal dos direitos fundamentais, isto porque, nesta, diferentemente da americana, não foram declarados direitos dos franceses, mas de todos os cidadãos sob qualquer regime estatal.⁹

A partir daí o constitucionalismo¹⁰ cuidou de positivizar nas constituições escritas um

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 222-223.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 158.

⁹ Esta característica é facilmente percebida a partir da leitura de seu preâmbulo e principais artigos: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.

Em razão disso, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1.º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum.

Art. 2.º - A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 16.º - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” Extraído do sítio oficial da Embaixada da França no Brasil mantido na Internet em: <<http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>> acessado em 19.08.2012.

¹⁰ Na acepção de Canotilho, segundo o qual “**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 45.

rol de direitos fundamentais da pessoa humana, dando surgimento a um novo modelo de Estado, o chamado Estado Constitucional¹¹, que marcou o início da Idade Contemporânea.

A doutrina encontra alguma dificuldade na definição destes direitos, tanto pela dicotomia filosófica em relação ao fundamento dos mesmos (de direito natural ou direito positivo), quanto pelo momento histórico em que são afirmados. Mas como bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda.¹²

Portanto, e em sentido material, é no princípio da dignidade da pessoa humana que se reconduzem os direitos fundamentais.

Em sentido formal, é preciso reconhecer, mormente sob um sistema jurídico-positivo, os direitos fundamentais são aqueles assim classificados pela Constituição ou por ela admitidos, a exemplo dos tratados internacionais de “direitos humanos” (§ 2º art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Na doutrina são encontradas as seguintes expressões para designar os direitos fundamentais: direitos naturais, direitos humanos ou direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem.

Todas elas sofrem - por uma ou por outra razão - críticas. Seja por estar vinculada a uma doutrina jusfilosófica (jusnaturalismo), ou ideológica (liberalismo), ou mesmo, categoria de direitos (individuais). Por isso, no Brasil, muito preferem referir-se, apenas, a direitos fundamentais tal como denominado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu Título II.

¹¹ “O Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob influência dos mesmos princípios.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 168.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84.

A concepção jusnaturalista, outrossim, atribuiu importantes caracteres aos direitos fundamentais. Atualmente têm sido considerados históricos, porquanto, como qualquer direito, nascem, modificam-se e desaparecem; inalienáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial; imprescritíveis, pois, personalíssimos, o não exercício destes direitos não os leva à prescrição; irrenunciáveis, podendo-se, quando muito, não serem exercidos; e, constitucionais, por encontrarem previsão no texto da Constituição.

Em muito auxilia a compreensão dos direitos fundamentais o seu estudo a partir da teoria dos status. Com efeito, extrai-se da obra de Alexy que “Jellinek diferenciava quatro status: o *status passivo* ou *status subiectionis*, o *status negativo* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status ativo* ou *status da cidadania ativa*.”¹³

A teoria dos quatro status de Jellinek (final séc. XIX) analisa as diversas situações que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado. Status passivo: quando o indivíduo se achar em posição de subordinação, detendo o Estado competência para vinculá-lo por meio de mandamento e proibições; Status negativo: quando o indivíduo desfruta de liberdade em relação à ingerência do Estado; Status positivo: obtém-se quando o indivíduo conquista o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação; Status ativo: quanto o indivíduo detém o poder de influenciar sobre a formação da vontade do Estado.

Atualmente, e mais frequentemente, a doutrina reconhece três grandes funções, a saber: direitos de defesa (liberdades); direitos de prestações (direitos cívicos); e direitos de participação (cidadania).

Direitos de defesa (liberdades) consistem na imposição de um dever de abstenção do Estado, de não interferência no espaço de autodeterminação do indivíduo.

Direitos de prestações (ou direitos cívicos) visam assegurar o *estatus quo* do indivíduo; visam também a ação do Estado para atenuar as desigualdades. Dividem-se em direitos de prestação jurídica (estatutos) e prestação materiais (direitos sociais).

Direitos de participação visam garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do Estado (direitos políticos).

¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 255.

Por fim, deve-se ter em mente que não só o Estado, mas também os particulares devem observância aos direitos fundamentais (sujeito passivo). Assim é que mesmo no âmbito das organizações privadas não se admite o tratamento indigno ou discriminatório de quem quer que seja. Naturalmente que por conta do princípio da autonomia da vontade há que se compatibilizar alguns direitos fundamentais no âmbito da iniciativa privada, como, por exemplo, a impossibilidade de se exigir das empresas um “concurso público” de regras isonomias para contratação de pessoal. Não obstante, não é porque se lhes garante autonomia que poderá haver qualquer forma de discriminação.

3 AS DIVERSAS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestarem-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo. Daí porque muitos autores preferem denominar de dimensões, evitando assim o sentido de que uma classe de direitos fundamentais substituíra a outra, a exemplo do que ocorre com as gerações da humanidade, quando, em verdade, elas coexistente e apenas foram afirmadas em momentos históricos distintos e progressivos.

Norberto Bobbio faz expressa menção à existência destas sucessivas gerações e dimensões de direitos fundamentais:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.¹⁴

Estas fases estão bem vincadas, também, na obra *Direitos Humanos Fundamentais* de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na visão contemporânea, as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os direitos individuais [1ª geração], constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles – é certo – se agregaram primeiro os

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 6.

direitos econômicos e sociais [2ª geração], depois os direitos de solidariedade [3ª geração], mas estes outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las.¹⁵

Trata-se, pois, de um processo histórico, evolutivo e cumulativo de afirmação constante de “novos direitos”.

Não obstante, enquanto os direitos da primeira dimensão têm na positivação e consciência coletiva a garantia maior de sua eficácia, dado o seu status negativo, os direitos sociais – da segunda dimensão – exigem uma atuação positiva do Estado com vistas à sua materialização, como bem adverte Luiz Henrique Urquhart Cademartori:

Em realidade, os estados sociais apresentaram a preocupação de instituir princípios e garantias de ordem substancial ao cidadão, incrementando a esfera dos direitos fundamentais, caracterizados até então pelas liberdades públicas, com direitos de ordem socioeconômica e cultural. Com isto, se as liberdades públicas se perfaziam sob um aspecto de atuação negativa do Estado frente ao cidadão, vale dizer, de abstenção em face da sua esfera de liberdade, com o advento dos direitos sociais (chamados também de direitos fundamentais de segunda geração), estes passaram a demandar uma atuação positiva do Estado, conclamando este a encetar novos direitos de ordem assistencial, securitária e trabalhista, dentre outros.¹⁶

A terceira dimensão, por sua vez, se realiza no âmbito da solidariedade e fraternidade, e, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “na verdade, não se cristalizou ainda a doutrina a seu respeito”¹⁷, existindo muita controvérsia quanto à natureza destes últimos.

São exemplos típicos de direitos de terceira dimensão o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, a autodeterminação dos povos e à comunicação, sendo que a garantia de sua efetivação é, em regra, institucional.

4 O MANDAMENTO DE APLICABILIDADE IMEDIATA

Segundo previsão expressa do § 1º art. 5º da Constituição da República Federativa do

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p.28.

¹⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **NEJ – Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 17, nº 2. Itajaí. Maio/ago. 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968>. Acesso em: 18.08.2012.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p. 57.

Brasil de 1988, deve-se emprestar aplicabilidade imediata para as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais¹⁸. Ocorre que muitas vezes, pelas mais diversas razões, não tem sido fácil emprestar a aplicação pretendia pelo Constituinte. Exemplo prático é o caso do mandado de injunção¹⁹ que, previsto no inciso LXXI art. 5º da Constituição Federal de 1988, teve seus efeitos inicialmente mitigados pelo Supremo Tribunal Federal – STF que, ao interpretá-lo, reputou que a própria norma que o dispôs está incompleta (lacunosa) no que tange às consequências da sua concessão.²⁰

A jurisprudência, interpretando esta característica dos direitos fundamentais, tem se balizado pelo que denominou de princípio da reserva do possível, segundo o qual a eficácia dos direitos sociais estão, em grande parte, adstritos à efetiva existência de recursos materiais disponíveis (verbas públicas). Mas a matéria não é pacífica. Algumas decisões judiciais têm assegurado direitos sociais a partir do redirecionamento verbas orçamentárias.

A intromissão do Poder Judiciário nas atividades dos demais poderes pode se revelar ofensiva ao princípio da separação dos poderes, porquanto a cada um são asseguradas tarefas próprias e constitucionalmente previstas.

Assim, por exemplo, apreciando recurso em face de decisão em ação civil pública, o

¹⁸ “Art. 5º. [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁹ “Art. 5º. [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁰ MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE - CONSTITUIÇÃO, ART. 37, VII. 2. LEGITIMADO ESTE SINDICATO A REQUERER MANDADO DE INJUNÇÃO, COM VISTAS A SER POSSIBILITADO O EXERCÍCIO NÃO SÓ DE DIREITO CONSTITUCIONAL PRÓPRIO, COMO DOS INTEGRANTES DA CATEGORIA QUE REPRESENTA, INVIABILIZADO POR FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA. PRECEDENTE NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 347-5-SC. 3. SINDICATO DA ÁREA DE EDUCAÇÃO DE ESTADO-MEMBRO. LEGITIMIDADE ATIVA. 4. RECONHECIMENTO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL, QUANTO A ELABORAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR QUE SE REFERE O ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO. COMUNICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL E AO PRESIDENTE DA REPUBLICA. 5. NÃO É ADMISSÍVEL, TODAVIA, O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO SUCEDANEO DO MANDADO DE SEGURANÇA, EM ORDEM A ANULAÇÃO DE ATO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVO QUE RESPEITE AO DIREITO CONSTITUCIONAL CUJO EXERCÍCIO PENDE DE REGULAMENTAÇÃO. NESSE SENTIDO, NÃO CABE MANDADO DE INJUNÇÃO PARA IMPUGNAR ATO JUDICIAL QUE HAJA DECLARADO A ILEGALIDADE DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO, NEM POR ESSA MESMA VIA E DE SER RECONHECIDA A LEGITIMIDADE DA GREVE. CONSTITUIÇÃO, ART. 5., LXXI. 6. MANDADO DE INJUNÇÃO CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, DEFERIDO, PARA O FIM ACIMA INDICADO. (MI 438, Relator Ministro **Néri da Silveira**, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1994, DJ 16-06-1995)

Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu que não cabe ao Poder Judiciário determinar as obras que o governante deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.²¹

No caso, porém, de fornecimento de remédios, o mesmo Tribunal Superior tem garantido a concessão de tutela específica mediante liminar para bloqueio de valores em contas públicas, a garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde²².

Conclusão primeira a que se chega, então, é que a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo.

De qualquer forma, ou seja, apesar de todas as dificuldades que se têm encontrado, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet, a norma constitucional que determina a eficácia imediata dos direitos fundamentais não deixa de cumprir importante função:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan.²³

O mesmo autor reconhece, porém, que dentre os diversos direitos fundamentais

²¹ “As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente” (STJ, Resp n. 169.876-SP, Relator Ministro **José Delgado**, RSTJ 114/98 e RTJE 173/103).

²² PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, § 5º DO CPC – MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA – ASTREINTES – APLICABILIDADE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.

1. Inexiste qualquer impedimento quanto a aplicação da multa diária cominatória, denominada astreintes, contra a Fazenda Pública, por descumprimento de obrigação de fazer - Inteligência do art. 461 do CPC. Precedentes.

2. A maioria dos componentes da Primeira Seção tem considerado possível a concessão de tutela específica para determinar-se o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.

3. Recursos especiais providos.” (STJ – 2ª T - REsp 861.262/RS – Relatora Ministra Eliana Calmon – j. 05/09/2006 – v.u.).

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003, p. 258.

previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 podem “existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.”²⁴

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LIMITES JURÍDICOS

O estudo dos direitos fundamentais pressupõe, necessariamente, a definição do âmbito ou núcleo de proteção, e, bem assim, das restrições e limitações a esses direitos.

A doutrina, porém, identifica duas e diferentes teorias a partir da concepção que se adota no tocante à relação que se estabelece entre a restrição e o direito protegido. Assim, segundo a teoria externa, há inicialmente um direito não restringido e, após a incidência da restrição (como algo externo), obtém-se o “direito restringido”. Já para os adeptos da teoria interna não há dois e distintos objetos – o direito e a restrição – mas apenas a própria concepção de um “direito limitado”.²⁵ Por isso, esta última teoria trabalha com a ideia de limites aos direitos fundamentais e rejeita o termo restrições.

Interessante a análise que faz Robert Alexy acerca das razões que levam o operador do direito a adotar uma ou outra orientação teórica:

[...] alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da Sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade [doutrina social] tenderá mais para a teoria interna.

[... e complementa...] Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que pode ser.²⁶

O autor, por sua vez, se filia à teoria externa e conduz seus estudos para as restrições a direitos fundamentais, que classifica como sendo “normas que restringem uma posição *prima*

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 259-260.

²⁵ Ou de um direito que já nasce limitado.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 278.

facie de direito fundamental.”²⁷.

Neste particular fica bem evidenciada a diferença de concepção em relação a Konrad Hesse, para quem os direitos fundamentais são sempre determinados materialmente e, como tal, as limitações de direitos fundamentais nada mais são do que as determinações desses limites.²⁸

Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco concebem os direitos fundamentais como princípios, com todas as vantagens da teoria dos princípios, tais como o de legitimar as restrições mediante utilização dos métodos de ponderação.²⁹

De qualquer forma, os autores em geral revelam toda a sua preocupação para com o tema, que toca diretamente ao âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Por isso, Robert Alexy adverte em sua classificação que “As restrições de hierarquia constitucional são restrições *diretamente constitucionais*, e as restrições infraconstitucionais são restrições *indiretamente constitucionais*.”³⁰.

Daí que o estudo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais está diretamente vinculado à norma constitucional positiva e exige um renovado e constante esforço hermenêutico. É de se dizer: varia de Estado para Estado, de constituição para constituição, não sendo lícito crer que num âmbito de proteção de direito fundamental válido para todas as nações e para todos os tempos.

Sem dúvida “o principal problema das reservas é a sua delimitação”³¹, merecendo grande atenção a sua análise tanto sob o aspecto formal quanto material. Este tema tem sido tratado doutrinariamente como “limites dos limites” (*Schranken der Schranken*), segundo se extrai da obra de Canotilho:

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 281.

²⁸ O autor ainda complementa: “Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material. Esse limite é, uma vez, uma questão do seu ‘âmbito da norma’, isto é, daquela parte da – muitas vezes, juridicamente já moldada -, ‘realidade’, que é o objeto da garantia, [...]”. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**, p. 250-251.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 290-291.

³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 286.

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 292.

Depois de determinado o âmbito de proteção e averiguada a existência de uma autêntica restrição através de lei, cumpre verificar se a lei restritiva preenche os requisitos constitucionais fixados. [...] Estes requisitos podem estar contidos em regras ou em princípios da constituição. Os requisitos formais actuam como uma <zona de proteção formal> [...]; os requisitos materiais pretendem assegurar a conformidade substancial da lei restritiva com os princípios e regras da Constituição (princípio da proporcionalidade, princípio da generalidade e abstracção, princípio de não-retroatividade, princípio da salvaguarda do conteúdo essencial). Trata-se de uma das operações metódicas necessárias para se evitar a aniquilação dos direitos, liberdades e garantias através de leis restritivas do respectivo âmbito de protecção. São vários os limites estabelecidos pelas normas constitucionais às leis limitativas de direitos (a doutrina alude aqui, na senda da doutrina germânica, a limites de limites, <Schranken der Schranken>).³²

Em nosso País os direitos fundamentais assumiram a forma de normas constitucionais positivas e, portanto, dotadas de supremacia sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico nacional. Logo, qualquer restrição a direitos fundamentais ou decorre da própria Constituição ou em razão dela.

No aspecto formal é, pois, comum às normas definidoras dos direitos fundamentais trazerem as restrições aos próprios direitos que enunciam (exemplo são as expressões “nos termos da lei”; “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, etc.) e, quando não o fazem diretamente, assim decorre – implicitamente – da própria necessidade de interpretação dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII, CF/88).

De resto, é de se notar que nalgumas vezes a previsão de legislação regulamentadora não tem a função de autorizar a restrição a direitos fundamentais, mas, pelo contrário, de garantir a complementação, densificação e concretização desses direitos. É quando nasce um dever de legislar. Assim é o caso, por exemplo, da previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Nestas hipóteses ocorre o que se denomina de âmbito de proteção estritamente normativo, quanto então não é correto atribuir à lei a função de restrição, mas de regulação ou conformação. A exigência de lei, nestas hipóteses, concretiza o direito fundamental e, como tal, “existiria, assim, para o legislador um dever de preservar tais garantias.”³³ São exemplos no art. 5º da Constituição Federal de 1988

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 411-412.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 289.

os incisos XXVI, XXVII, XXVIII, LXXVI, LXXVII.

A doutrina, apesar da dificuldade, tem sistematizado os tipos de restrições a direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal de 1988, valendo citar, em relação às restrições constitucionais indiretas, as seguintes: reserva legal simples; reserva legal qualificada; e, direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal.

A reserva legal simples ocorre sempre que a Constituição autoriza a intervenção do legislador no âmbito de proteção de direitos individuais, exigindo apenas que eventual restrição seja prevista em lei. As expressões mais utilizadas são: “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, “assim definidas em lei” ou “no prazo de lei”. O artigo 5º traz diversos exemplos em seus incisos VI, VII, XV, XXIV, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXIII, XLV, XLVI e LVIII.

Já a reserva legal qualificada ocorre quando a Constituição estabelece, além da exigência de lei para eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito fundamental, também, “as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”³⁴. Exemplo típico é do art. 5º, XIII, ao estabelecer que é “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Logo, não poderá o legislador estabelecer restrições sem atender ao critério da razoabilidade e, mais, para além de, exclusivamente, ao tocante às qualificações profissionais. Como se vê, não há um campo totalmente livre ao legislador. É o que ocorre, também, nas hipóteses do art. 5º incisos XII, XXXVIII e LX, por exemplo.

Não havendo reserva legal expressa, então não caberá ao legislador reduzir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, exatamente por conta do princípio da supremacia da constituição. Hesse adverte que “uma limitação autônoma pelo poder executivo ou judiciário é inadmissível.”³⁵

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se pode citar a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência como direitos fundamentais sem

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 299.

³⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*, p. 253.

reserva legal expressa. Mesmo assim, caso há em que a doutrina admite que o legislador possa justificar sua intervenção com fundamento nos direitos de terceiros ou em outros princípios de hierarquia constitucional³⁶. O exemplo de restrição dessa natureza tem ocorrido em relação à fiscalização de correspondências de presos pela administração penitenciária, já que o art. 41, XV, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) prevê como direito do preso o “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”, em confronto com a inviolabilidade de correspondência prevista no art. 5º, XII, primeira parte, da Constituição. Segundo precedente do Supremo Tribunal Federal - STF, esta restrição é admitida sempre que fundado em razões de segurança pública, disciplina prisional ou preservação da ordem jurídica (HC 70.814)³⁷.

Já no âmbito das restrições aos direitos fundamentais, sob o aspecto material, a doutrina apresenta diversos pontos a serem observados, tais como o problema da colisão e concorrência de direitos fundamentais; o princípio da proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a questão do conflito dos direitos fundamentais está afetada à compreensão da colisão das normas jurídicas³⁸, já que os mesmos – em sua maioria – costumam

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 299, p. 303-4.

³⁷ EMENTA: “HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Pecas reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.” (HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136)

³⁸ Na acepção de Eros Roberto Grau: “Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais do direito.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 45.

vir dispostos em princípios e, como tal, diferente das regras cuja antinomia se resolve no âmbito da validade, aqui a solução se dá no âmbito do valor³⁹. E, nesse sentido, deve-se ter em mente a lição da doutrina segundo a qual “os princípios são normas que exigem a relação de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.⁴⁰ Daí a conclusão de que os princípios demandam aplicação em graus diferenciados, otimizando-se conforme o caso que o atrai.

Diante destes jogos de princípios é que, para Alexy, “é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.”⁴¹ É que na colisão de direitos fundamentais um não poderá afetar, por completo, o conteúdo essencial do outro, na lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um princípio como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.⁴²

O ordenamento jurídico positivo brasileiro não traz nenhuma disposição a respeito deste princípio, diferentemente do alemão e português. De qualquer forma, veda-se qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988).

Exemplo citado pela doutrina brasileira é o precedente do Supremo Tribunal Federal – STF no Habeas Corpus nº 82.959, que teve por relator o Ministro Marco Aurélio e que, implicitamente, admitiu que a imposição de regime integralmente fechado para o cumprimento de pena de condenações nos crimes hediondos configura lesão ao princípio do núcleo essencial, por

³⁹ Ainda segundo a lição de Eros Roberto Grau, para quem nos conflitos entre princípios “[...] a opção do aplicador do direito ou do intérprete por um deles – em detrimento do que a ele se opõe – não implica desobediência do outro. Repita-se: esse tipo de conflito não resulta em antinomia.” GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, p. 100.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 274.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 296.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 274.

negar totalmente vigência ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 ⁽⁴³⁾.

Também como importante limite material às restrições aos direitos fundamentais, Konrad Hesse faz defesa enfática do princípio da proporcionalidade:

Como os direitos fundamentais, também na medida em que eles estão sob reserva legal, pertencem às partes integrantes essenciais da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada em uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade. A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser *necessária* para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.⁴⁴

É, na mesma linha, o que Canotilho defende como princípio da proibição do excesso, segundo o qual “no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).”⁴⁵

O autor português – fundado em expressa previsão da Constituição de seu País – ainda faz alusão ao requisito da generalidade e abstração que as leis restritivas devem guardar, sob pena de inconstitucionalidade:

Uma lei geral e abstracta é aquela que se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (destinatário) ou regula um número indeterminado ou indeterminável de casos. Uma lei individual e concreta é aquela que se dirige a um número determinado ou determinável de pessoas ou disciplina um número determinado ou determinável de casos.

Através desta caracterização de leis gerais e abstractas e de leis individuais e concretas podemos assinalar o alcance claro e inequívoco deste requisito:

⁴³ “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.” (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006).

⁴⁴ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da alemanha, p. 255-256.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p.417.

proibição de leis de natureza individual e concreta restritiva de direitos, liberdades e garantias. 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, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso do poder legislativo e de violação do princípio da separação de poderes); (c) as leis individuais e concretas não contém uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção de confiança nem alternativamente de acção e racionalidade de actuação.⁴⁶

A doutrina pátria tem feito referência à admissão deste limite às restrições de direitos fundamentais no Brasil como decorrência direta do “[...] postulado material da igualdade, que veda o tratamento discriminatório ou arbitrário, seja para prejudicar, seja para favorecer”⁴⁷, apontando como exemplo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958, que vedou a aplicação da chamada cláusula de barreira aos “partidos políticos nanicos”, mormente porque a Lei dos Partidos Políticos adotou, neste caso, critérios assentados no passado para definir a participação futura.⁴⁸

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo revela que os direitos fundamentais compreendem uma categoria de direitos de grande complexidade, tanto pela dicotomia de fundamentação teórica (jusnaturalismo e positivismo jurídico), quanto pela especificidade de suas características e vasta tipologia.

Como são várias as dimensões, e, portanto, as funções que exercem no ordenamento

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p. 414.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 329.

⁴⁸ “PARTIDOS POLITICOS - INDICAÇÃO DE CANDIDATOS - PRESSUPOSTOS - INCONSTITUCIONALIDADE. EXSURGEM CONFLITANTES COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL OS PRECEITOS DOS PARS. 1. E 2. DO ARTIGO 5. DA LEI N. 8.713/93, NO QUE VINCULARAM A INDICAÇÃO DE CANDIDATOS A PRESIDENTE E VICE-PRESIDENTE DA REPUBLICA, GOVERNADOR E VICE- -GOVERNADOR E SENADOR A CERTO DESEMPENHO DO PARTIDO POLÍTICO NO PLEITO QUE A ANTECEDEU E, PORTANTO, DADOS FATICOS CONHECIDOS. A CARTA DE 1988 NÃO REPETIU A RESTRIÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 152 DA PRETERITA, RECONHECENDO, ASSIM, A REPRESENTAÇÃO DOS DIVERSOS SEGMENTOS SOCIAIS, INCLUSIVE OS QUE FORMAM DENTRE AS MINORIAS.” (ADI 958, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/1994, DJ 25-08-1995)

jurídico, cada direito fundamental tem sua eficácia dependente em grande parte da forma de sua positivação e do seu objeto, não obstante o mandamento constitucional de otimização da aplicabilidade dos mesmos.

Os direitos fundamentais, outrossim, não podem ser tidos por ilimitados ou absolutos. Muito pelo contrário, a análise detida do regime jurídico das restrições ou limitações materiais de seu conteúdo revela que o próprio Constituinte estabeleceu os contornos diretos e indiretos do seu âmbito de aplicação.

Portanto, resta evidenciado que qualquer pretensão à aplicação de um direito fundamental exige, preliminarmente, a determinação da sua exata extensão a partir do estudo das restrições e restringibilidade, tanto porque direito e restrição – na acepção de Alexy – não se confundem, quanto porque – na visão de Hesse – já nasce como um “direito limitado”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial 169.876-SP, Relator Ministro José Delgado, julgado em 16/06/1998, publicado no DJ 21/09/1998, p. 70.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 861.262/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 05/09/2006, publicado no DJ 26/09/2006, p. 200.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.814, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 01/03/1994, DJ 24/06/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 82.959, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2006, DJ 01/09/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Injunção nº 438, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 11/11/1994, DJ 16/06/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 958, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 11/05/1994, DJ 25/08/1995.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **NEJ – Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 17, nº 2. Itajaí. Maio/ago. 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968>. Acesso em: 18.08.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível no sítio oficial da Embaixada da França no Brasil mantido na Internet em <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem> acessado em 19.08.2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Traduzido da 20ª edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.