

RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

Warley Freitas de Lima¹
Jaime Meira do Nascimento Junior²

Resumo: O presente artigo pretende examinar a temática dos limites às restrições de direitos fundamentais à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que não se verifica no texto constitucional previsão de forma expressa sobre o papel que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem desempenhar nesse campo. Num primeiro momento, são analisadas as questões inerentes ao direito ao mínimo existencial e sua relação com a dignidade da pessoa humana. Sequencialmente, serão tecidas breves incursões principiológicas que envolvem o tema, tais como o conceito e tipos de restrições, limites de restrições e a colisão entre os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Restrições aos direitos fundamentais. Colisão entre direitos fundamentais.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo examinar la cuestión de los límites de las restricciones a los derechos fundamentales en la Constitución de la República Federativa del Brasil, teniendo en cuenta que faltan en los dispositivos de la Ley Mayor que normas que abordan específicamente el papel que el Ejecutivo, el Legislativo y el Poder Judicial puede jugar en este campo. En primer lugar, se analizan los problemas inherentes al derecho al mínimo existencial y su relación con la dignidad humana. Secuencialmente, que se harán breves incursiones principiológicas respecto a este asunto, como, por ejemplo, el concepto y los tipos de restricciones, sus límites y la colisión entre los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Restricciones a los derechos fundamentales. Colisión entre derechos fundamentales.

¹ Especialista em Direito do Estado pela UGF. Professor de Direito na Graduação da Universidade do Vale do Paraíba/SP (UNIVAP). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL) sob a orientação da professora Pós-Doutora Ana Maria Viola de Sousa. Advogado no Estado de São Paulo. E-mail: warley1966@uol.com.br

² Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em História do Direito pela Université Paris II. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor do curso de Mestrado do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL – Campus Lorena. Email: jaimeira@hotmail.com

Introdução

O presente artigo tem como objetivo fazer um esforço histórico, bem como tecer apontamentos sobre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais preconizados no texto maior.

Por serem direitos prementes, fundamentadores de todo o ordenamento jurídico, muito se discute a respeito de sua limitação, sendo importante entender o seu caráter não absoluto, na medida em que podem ser relativizados.

Interessante ainda são os casos de não harmonização de interesses constitucionalmente protegidos, pois representam os mais diferentes anseios sociais.

Nessa situação, deve-se verificar se o conflito em questão se dá entre regras, entre regras e princípios ou entre princípios, bem como se observando os bens jurídicos tutelados.

Os direitos fundamentais se deparam com limitações, as quais devem ser sobrepujadas, buscando sempre a função social da norma, a finalidade da lei, tipo e natureza da restrição e principalmente se há respeito, ou não, aos limites impostos pela Constituição.

Assim, faz-se necessário indagar se se trata de efetiva restrição do âmbito de proteção, se a Constituição autoriza essa restrição e, em caso positivo, se a restrição tem como finalidade salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos.

O presente estudo tem por objetivo refletir sobre as indagações acima formuladas, uma vez que de curial importância para o sistema normativo jurídico-formal.

1. Concepção histórica dos direitos fundamentais.

Ao verificar a concepção do nascimento dos Direitos Fundamentais, notamos uma evolução da sociedade mundial no que tange aos problemas que macularam a vida do ser humano durante séculos.

O cume desses direitos se lastreia, de forma direta, após o fim do conflito bélico mundial ocorrido em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas - ONU e pela exaltação de sua Declaração, em 1948.

Um dos pontos de referência de seu surgimento se perfaz a partir do século XVI, com a teoria do jusnaturalismo, que prega, pelo uso da razão, o conceito daquilo o que é melhor para o homem dentro de suas concepções, independentemente de positividade, ou seja, do Estado.

A escola do Jusnaturalismo defende que o direito é independente da vontade humana. Ele existe antes mesmo do Homem e acima das Leis Humanas. Para os jusnaturalistas, o

direito é algo natural e tem como pressupostos os valores do ser humano e busca sempre um ideal de justiça.

Nessa evolução em busca da necessidade de alavancar avanços em limitar os poderes estatais sobre o homem e com o objetivo de garantir o mínimo ao cidadão, nasce a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, um dos primeiros procedimentos legislativos de constitucionalização desses direitos.

Ela foi erigida pelas 13 colônias inglesas na América, diante da opressão inglesa, estabelecendo, a partir daquele momento, paradigmas limitadores das arbitrariedades dos ingleses.

Foi na França, em 1789, que ocorreu sua vertente maior, com a exortação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o que, de certa maneira, abarca um posicionamento de forma embrionária de positivação, sendo um prólogo que posteriormente foi embutido em várias Constituições do pós-segunda guerra.

Contudo, a consecução dos Direitos Fundamentais deságua no princípio da dignidade da pessoa humana como baluarte estrutural da consagração desses direitos. Assim, dignidade traz consigo a aspiração humana de viver.

Assim, conforme relembra Jorge Marum³, a primeira menção ao meio ambiente num diploma internacional ocorre no art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, entrelaçado com o direito de toda pessoa de desfrutar "o mais elevado nível de saúde física e mental".

Para tanto, os Estados-partes teriam que adaptar seus ordenamentos com vistas, entre outras coisas, à diminuição da mortalidade infantil; à melhoria da higiene do trabalho e do meio ambiente; à prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; e à criação de condições que assegurem a todos assistência e serviços médicos em caso de enfermidade.

Posteriormente, e de modo mais específico, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, e a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, sediada no Rio de Janeiro em 1992, a Rio-92, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, realizada em junho de 2012, no Rio de Janeiro, que marcou os vinte anos de realização da Rio-92 estão entre os principais eventos que incentivaram a multiplicação de acordos

³ MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. Revista de Direito Ambiental, 28, out-dez. 2002, p. 125.

internacionais que tratam da matéria, sempre com o objetivo de contribuir para a definição e uma agenda global para o desenvolvimento sustentável para as próximas décadas.

Nas últimas décadas, a discussão sobre a solução de problemas ambientais de ordem global tem se acirrado, com forte apego a questões tais como a globalização, neoliberalismo e liberdade de comércio, com especial enfoque nas desigualdades sociais.

A consequência evolutiva dos Direitos Fundamentais estabeleceu parâmetros para o Estado Constitucional, sendo preclaros os seus efeitos, não somente atinentes do norte da positivação. Sua confluência transcende a positivação, sendo um conjunto de valores que devem ser protegidos, pois salvaguardam o homem como ser humano.

Sendo assim, tem-se que a evolução contígua do ser humano fez nascer direitos em decorrência do périplo da humanização e da racionalização das condutas. Tal perspectiva se deu de forma que a acepção do conceito de Direitos Fundamentais sobre o lastro histórico denota que a preocupação com a vida do ser humano tornou-se arraigada, evidente e cogente no Estado Contemporâneo pela positivação, que permeou caminhos para a deflagração de um arcabouço conceitual.

Por fim, como bem observar Eduardo Bittar⁴, a noção de direitos fundamentais e de dignidade da pessoa humana transformou-se após o advento da Constituição Federal de 1988 em paradigma a nortear a própria hermenêutica constitucional, em todos os seus campos, não se limitando a uma mera norma de natureza programática.

2. O direito ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Extrai-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil encontra-se a dignidade da pessoa humana (artigo 1º), um verdadeiro supraprincípio constitucional, que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, por meio do qual se busca garantir um mínimo para uma existência digna, tendo como consequência a criação dos direitos fundamentais⁵.

O mínimo existencial é inerente a todo ser humano, antecede a existência do Estado, é imprescritível e inviolável⁶, é o alicerce da vida humana. O direito ao mínimo existencial

⁴ BITTAR, Eduardo. Ética, cidadania e constituição: o Direito à dignidade da pessoa humana *in* RBDC n. 8 – jul/dez 2006, pp. 136 e seguintes.

⁵ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53.

⁶ *Ibidem*.

consiste no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

No campo jurídico, o primeiro reconhecimento do direito ao mínimo existencial (existenzminimum) pela Jurisprudência é atribuído à decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (Bundesverwaltungsger) proferida em 24 de junho de 1954, na qual restou consignado que:

*(...) um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência*⁷.

No direito brasileiro, embora não previsto expressamente pelo texto constitucional, os fundamentos do mínimo existencial são: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais buscam a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, assim como na promoção do bem de todos (art. 3º, incisos III e IV, respectivamente).

Pode-se afirmar, então, que o direito ao mínimo existencial e o princípio da dignidade da pessoa humana poderiam ser representados, graficamente, por dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o do princípio da dignidade da pessoa humana (com natureza de princípio) e o círculo menor o do direito ao mínimo existencial (com natureza de regra), este último sendo o núcleo intransponível daquele.

Desta forma, fundamentado na dignidade da pessoa humana, aparece o conceito do mínimo existencial, como uma forma de impor ao Estado a obrigação de garantir, dentre os direitos fundamentais, um mínimo para que o cidadão possa exercer as suas potencialidades de forma digna, sendo dotado de uma liberdade real, objetivando sempre a concretização desses direitos como tarefa permanente.

Ingo Sarlet, de posse dos conceitos de fundamentalidade formal e material e baseando-se nos ensinamentos de Robert Alexy, não deixando de considerar a abertura material consagrada expressamente pelo direito constitucional positivo pátrio, numa tentativa de conceituar os direitos fundamentais, afirma que:

⁷ CASTILHO, Ricardo. Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 102-103.

*Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados.*⁸

Embora também não seja previsto expressamente pela Constituição Federal, o princípio do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais é positivado em textos constitucionais de outros países, como ocorre, por exemplo, na Alemanha⁹, Portugal¹⁰, Espanha¹¹ e Suíça¹², no entanto, o fato de o constituinte não ter optado pela consagração desse princípio, não importa, necessariamente, o seu não reconhecimento pela doutrina pátria.

De acordo com Pereira¹³, “a ideia de proteção ao conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais pode ser inferida do sistema de Constituição rígida e da própria supremacia das normas constitucionais”, porém, há quem identifique no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição (que veda qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais) o fundamento para a aplicação do princípio em comento.

3. Das restrições dos direitos fundamentais

É deveras complexo e importante dentro do espectro do Direito Constitucional, o tema das restrições aos direitos fundamentais, porque através do estudo e análise das suas limitações, ponderando seus valores, poderão encontrar-se soluções para os conflitos entre direitos constitucionais.

Pois bem.

A limitação de direitos fundamentais determina o alcance material do respectivo direito, e o limite de cada direito fundamental está onde termina o alcance material deste.

Para compreender o pleno alcance das restrições necessário se faz abordar distinções, entre restrição e limite ao exercício de direitos. A restrição tem haver com o direito em si,

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 80.

⁹ Artigo 19, II da Lei Fundamental de Bonn de 1949: “Em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial”.

¹⁰ Artigo 18, n. 3 da Carta portuguesa de 1976: “As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

¹¹ Artigo 53, n.1 da Constituição espanhola de 1978: “Só por meio de lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá regular-se o exercício de tais direitos e liberdades”.

¹² Artigo 36, n. 4 da Constituição suíça: “a essência dos direitos fundamentais é inviolável”.

¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 376.

com sua extensão objetiva, afetando certo direito, envolvendo a sua compreensão, ou em outro prisma, a amputação de faculdades que antecipadamente estariam nele compreendidas, fundando-se em razões específicas. O limite ao exercício de direitos contende com a sua manifestação, como o modo que se exterioriza através da prática do seu titular, reportando-se a quaisquer direitos, decorrendo de razões ou condições de caráter geral.

A limitação de direitos fundamentais, por conseguinte, deve ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico pelo qual é efetuada, resguardando relação entre o peso e o significado do direito fundamental.

3.1. As restrições diretamente constitucionais

Nota-se que as restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. Além do art. 5º, IV da Constituição Federal já aludido, são exemplos:

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (CF, art. 5º, XI);

E plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. (CF, art. 5º, XVII).

Como se observa nos exemplos acima mencionados, no texto constitucional que consagra o direito fundamental encontra-se também estatuída a restrição do direito fundamental garantido.

Em suma: a Constituição assegura e restringe diretamente o direito fundamental.

3.2. As restrições indiretamente constitucionais

Já as restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram previstas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las através de leis infraconstitucionais.

Temos por exemplos:

É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (CF, art. 5º, XIII);

A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (CF, art. 5º LX).

Com efeito, verifica-se que nos exemplos acima transcritos, no texto constitucional que assegura o direito fundamental ao trabalho e a publicidade dos atos processuais não se

encontra a restrição do direito fundamental garantido, mas somente a previsão de que a lei poderá estabelecer a restrição.

Cumpra repisar que a autorização constitucional (competência do legislador ordinário) para que a lei estabeleça restrições aos direitos fundamentais (tecnicamente denominada de *reserva de lei restritiva*) pode ocorrer de duas formas: reserva de lei restritiva simples e reserva de lei restritiva qualificada.

Tem-se a reserva de lei restritiva simples quando a Constituição não determina requisitos ou qualificações para a lei. A norma constitucional simplesmente autoriza a restrição *tout court*.

Exemplos:

É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (CF, art. 5º, XV);
O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses prevista em lei (CF, art. 5º, LVIII).

Sucedem a reserva de lei restritiva qualificada quando a Constituição acaba por fixar requisitos ou objetivos para a lei restritiva, e, dessa forma, limitando a discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição ao direito fundamental¹⁴.

Exemplos:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII);
A lei estabelecerá procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (CF, art. 5º, XXIV).

3.3. As restrições tácitas constitucionais

É da *lex mater* a autorização, tácita, tanto ao Legislativo como o Judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o escopo de resolver ou evitar, no plano da eficácia social, os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais, ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos (segurança pública, saúde pública, etc.).¹⁵

¹⁴ Sobre o assunto reserva de lei, dentre outros, ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011., p. 282-286.

¹⁵ Apesar da relevância prática das restrições tácitas constitucionais, tem-se como indesejável a assertiva de Suzana de Toledo Barros (**O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis res-**

Com efeito, sucede com frequência, na vida social, a colisão da liberdade de expressão e informação (CF, art. 5º, IX)¹⁶ com o direito à privacidade (CF, art. 5º, X). Para solucionar tal colisão, através da harmonização ou acomodação dos direitos colidentes, bem como prevenir futuros choques entre eles, a Constituição não obsta a que o Congresso Nacional elabore lei que acabe por restringir os direitos colidentes em determinadas circunstâncias.

Tampouco o Judiciário, quando invocado para dirimir a referida colisão, está impedido, constitucionalmente, de restringir quaisquer dos direitos colidentes através das técnicas da concordância prática ou ponderação de valores no exame do caso *sub judice*.¹⁷

Pelo modelo da concordância prática ou da harmonização, os princípios deverão ser harmonizados no caso concreto, por meio da ponderação, com intuito de preservar o máximo os direitos envolvidos, sem afastar sua aplicabilidade concreta em outros casos. Busca-se, por essa teoria, a otimização entre os princípios conflitantes, de modo que se equilibrem os interesses colidentes.

4. Teoria Interna e Externa dos limites aos Direitos Fundamentais

Superada a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, a problemática do tema se volta para a noção do que são estes limites aos direitos fundamentais.

Procura-se, por oportuno, responder se estes limites ensejam apenas delimitações aos contornos do conteúdo do direito fundamental ou se há restrições de fato.

Duas teorias existem para tentar esclarecer estas questões, ambas com visões bem distintas e argumentação firme de seus defensores.

tritivas de direitos fundamentais. 3ª ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 150) de “que ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despicienda a autorização constitucional para tanto”. A existência de um tal poder elástico poderia ter como consequência deixar os direitos fundamentais à disposição do legislador, subvertendo o postulado de que “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais” (Edilson Pereira de Farias, op. cit, p. 73). Daí, afigura-se indispensável a autorização constitucional para impor a restrição, embora a autorização constitucional possa ser pressuposta, desde que a restrição seja justificada, para atender os requisitos mencionados da colisão de direitos ou do conflito destes com bens e interesses coletivos protegidos pela Constituição. Portanto, seria ilegítima a restrição imposta somente com base em um suposto “poder geral de conformação” do legislador.

¹⁶ - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. ¹⁰- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁷ Parte da doutrina refere-se a esta modalidade de restrições tácitas constitucionais como sendo “limites imanentes”, enveredando, assim, na direção da teoria interna das restrições, com as consequências já apontadas na nota 4. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 5ª. Ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 215-219; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 166-168.

No entanto, nos casos concretos, abaixo ementados, o Supremo Tribunal Federal assentou que não há um modelo pré-existente para a solução de conflito de valores constitucionais em nível abstrato, devendo a solução de cada caso ajustar-se às contingências do problema concreto, seja harmonizando as normas em conflito, ou, ainda, fazendo proporcionalmente prevalecer um sobre o outro, de modo a eleger um dos valores constitucionais como preponderante.

EMENTA: DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. (HC 76060, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 15-05-1998 PP-00044 EMENT VOL-01910-01 PP-00130)

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do

Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (Rcl 2040 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2002, DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129)

EMENTA Ação originária. Fatos incontroversos. Dispensável a instrução probatória. Liberdade de expressão limitada pelos direitos à honra, à intimidade e à imagem, cuja violação gera dano moral. Pessoas públicas. Sujeição a críticas no desempenho das funções. Limites. Fixação do dano moral. Grau de reprovabilidade da conduta. Fixação dos honorários. Art. 20, § 3º, do CPC. 1. É dispensável a audiência de instrução quando os fatos são incontroversos, uma vez que esses independem de prova (art. 334, III, do CPC). 2. Embora seja livre a manifestação do pensamento, tal direito não é absoluto. Ao contrário, encontra limites em outros direitos também essenciais para a concretização da dignidade da pessoa humana: a honra, a intimidade, a privacidade e o direito à imagem. 3. As pessoas públicas estão sujeitas a críticas no desempenho de suas funções. Todavia, essas não podem ser infundadas e devem observar determinados limites. Se as acusações destinadas são graves e não são apresentadas provas de sua veracidade, configurado está o dano moral. 4. A fixação do quantum indenizatório deve observar o grau de reprovabilidade da conduta. 5. A conduta do réu, embora reprovável, destinou-se a pessoa pública, que está sujeita a críticas relacionadas com a sua função, o que atenua o grau de reprovabilidade da conduta. 6. A extensão do dano é média, pois apesar de haver publicações das acusações feitas pelo réu, foi igualmente publicada, e com destaque (capa do jornal), matéria que inocenta o autor, o que minimizou o impacto das ofensas perante a sociedade. 7. O quantum fixado pela sentença (R\$ 6.000,00) é razoável e adequado. 8. O valor dos honorários, de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, está em conformidade com os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. 9. O valor dos honorários fixados na reconvenção também é adequado, representando a totalidade do valor dado à causa. 10. Agravo retido e apelações não providos. (AO 1390, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 EMENT VOL-02576-01 PP-00017 RDDP n. 104, 2011, p. 144-150)

Por oportuno, é possível comprovar a tese aqui tratada na própria jurisprudência do STF, através da frequente ocorrência destes conflitos, subtraindo da Corte um posicionamento específico sobre determinada questão. Assim, por exemplo, a liberdade de ir e vir pode ser limitada pela necessidade de isolamento hospital em caso de doença transmissível; a liberdade de culto pode ser limitada pela necessidade de respeitar a precedência de outra igreja no uso de ritos e vestes tradicionais; entre outros casos que demonstram a limitação dos direitos fundamentais em cada caso.

São as chamadas teorias interna e externa dos limites aos direitos fundamentais.

4. 1. Teoria Interna dos Limites aos Direitos Fundamentais

A teoria interna pressupõe a não existência de restrições aos direitos fundamentais, tais direitos já possuem seu conteúdo delimitado no momento da sua criação legislativa, nesta concepção qualquer restrição ao conteúdo do direito fundamental não encontrará proteção jurídica.

Deste modo, a teoria interna não admite restrições ao conteúdo do direito fundamental, pois que estes diminuem/violam o direito em si. O que é válido para esta teoria são os limites imanentes do próprio direito fundamental.

A limitação é imanente, a título de exemplo, quando o legislador ordinário restringe direito fundamental ele apenas está reafirmando a limitação implícita no próprio direito fundamental, o processo legislativo ordinário apenas explicita a limitação anteriormente criada na norma.

Neste sentido, não há diferenciação entre conteúdo do direito fundamental e seus limites imanentes.

A colisão de direitos fundamentais é refutada pela teoria interna, não se fala em ponderação dos bens tutelados. Ao operador do direito resta a interpretação do conteúdo que foi constitucionalmente estabelecido, dando-lhe contornos e sua relação ao caso concreto, não cabendo aqui nenhuma forma de ponderação ou restrição de bens.

A análise deve ser sempre da extensão do conteúdo do direito fundamental, nunca permitindo a concepção de interferência externa ao conteúdo do direito.

Na doutrina Argentina, Pedro Serna e Fernando Toller declaram que os direitos, ainda que não sejam ilimitados no sentido de que todo o coberto por seu âmbito material seria por isso mesmo legítimo propriamente não são tampouco limitados, isto é, não têm nem necessitam de limites externos, mas são delimitáveis: através da tarefa legislativa e da decisão judicial é possível travar-lhes contornos precisos, um âmbito onde é justo exercê-los, de maneira que transpor essa esfera de atuação regular implicará um exercício abusivo¹⁸.

O direito, por essa teoria, somente se conformaria na estrutura de regras. Sem a intenção de afirmar os direitos como uma categoria absoluta, estes se valem dos limites

¹⁸SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. **La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos**. Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 66. Vide também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 145.

imanes (previamente existentes) que são implícita ou expressamente definidos na Carta Cidadã.

O objetivo central desta teoria é eliminar do processo hermenêutico da norma de direito fundamental todo o subjetivismo que possa ser trazido pela ponderação de interesses que possa resultar em direitos fundamentais fragilizados.

4. 2. Teoria Externa dos Limites aos Direitos Fundamentais

Em linhas gerais, a fundamentação da teoria externa (também conhecida por concepção ampla dos limites aos direitos fundamentais e pensamento de intervenção e limites) está na distinção entre o conteúdo do direito fundamental e seus limites, sendo estes limites externos ao conteúdo.

Feita a diferenciação entre conteúdo e limitação, a preocupação da teoria externa reside na legitimidade das inferências sofridas pelo direito fundamental.

*O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido*¹⁹.

Para a teoria externa não há uma relação necessária entre direito e sua limitação, podendo, portanto, existir direitos sem restrição. O que ocorre é que por exigência externa ao direito este pode ser restringido.

A interpretação da norma para se identificar a situação protegida pelo direito fundamental é realizada em duas etapas. No primeiro momento, verifica-se a extensão do conteúdo do direito fundamental, seu âmbito de proteção. Na segunda etapa, após a indispensável harmonização de direitos em conflito, intenta-se demarcar os limites externos destes direitos.

Procura-se aqui a indicação do conteúdo inicialmente protegido, realiza-se o recorte deste conteúdo com base nos seus legítimos limites e posteriormente encontra-se o conteúdo definitivamente protegido.

É importante frisar que da contraposição de direitos ou bens se obtêm o conteúdo definitivo do direito, pois que antes desta restrição havia uma proteção aparente deste mesmo conteúdo que foi alterado por categoria jurídica diversa, ou seja, a restrição.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011., p. 282-286

Fica desta maneira evidente na teoria externa que o conteúdo do direito fundamental antes da aplicação de restrições expressa uma posição não definitiva. Tal posição pode ser alterada pelo mecanismo da ponderação dos bens jurídicos tutelados, do que se conclui que estas posições anteriores à restrição são posições *prima facie*.

5. Conclusão

Conforme exposto neste artigo, adere-se ao entendimento, segundo o qual, a restrição a direitos fundamentais em geral, incluindo-se aqueles cujas normas não preveem a possibilidade de intervenção legislativa, deve ser observado os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade.

Os direitos fundamentais são direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de cada Estado, estando, portanto, umbilicalmente ligados ao paradigma ideológico estatal vigente na sociedade em cada época.

No atual constitucionalismo brasileiro, desempenha os direitos fundamentais uma dupla função, ou seja, no plano subjetivo garantem direitos de liberdade individual, muito embora obedecendo aos aspectos coletivos e sociais; e no plano objetivo tem uma dimensão institucional, qual seja o conteúdo dos direitos fundamentais deve operacionalizar-se de forma a proporcionar a consecução dos fins e valores constitucionais proclamados.

Desta forma, pode-se concluir que há as restrições diretamente constitucionais, que impõem obstáculos, fronteiras às liberdades individuais formuladas expressa ou tacitamente pela Constituição, convertendo um direito efetivo em direito não definitivo. Esses são os considerados *limites imanes*, pois são limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do objeto, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger. Um exemplo seria o direito à inviolabilidade de domicílio, que foi restringido para excetuar a hipótese de flagrante delito ou desastre;

Outrossim, existem ainda as restrições indiretamente constitucionais em que a possibilidade de condicionar o exercício pleno do direito está autorizada pela Constituição por meio de cláusulas de reserva explícitas. A Constituição indica o veículo que irá realizar a restrição, como, por exemplo, a lei.

Finalmente, verificam-se restrições implícitas, que não se manifestam expressamente no texto da Constituição, mas afetam as regras plenamente permissivas, com o fim de preservar outros direitos e bens igualmente protegidos, como o disposto no art. 5º, VI, da CF, em que a liberdade de manifestação das atividades intelectual, artística, científica e de comunicação parecem ser absolutas, mas a lei poderá restringir ou proibir a divulgação de

obras de valor artístico que expressem ideias contrárias à integridade territorial, limitada pelo art. 1º, "caput", da CF.

Portanto, é possível a restrição de direitos fundamentais, desde que autorizada pela própria norma constitucional que os veicula e tenha como objetivo a convivência harmônica desses direitos em um mesmo ordenamento jurídico constitucional.

Referências

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

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BITTAR, Eduardo, **Ética, cidadania e constituição: o Direito à dignidade da pessoa humana** in RBDC n. 8 – jul/dez 2006, pp. 125-155.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Saraiva de Legislação 2009).

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. **Meio ambiente e direitos humanos** in Revista de Direito Ambiental, 28, out-dez. 2002, pp. 117-138.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – doutrina e jurisprudência**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. **La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos**. Buenos Aires: La Ley, 2000.