

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DAVI RODRIGUES CERQUEIRO

A TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES NO STF E STJ

Rio de Janeiro

2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)

DAVI RODRIGUES CERQUEIRO

A TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES NO STF E STJ

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Escola de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Prof^o Paulo Mendonça

Rio de Janeiro

2024

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pelo dom da vida e pelas pessoas que pôs ao meu redor para me ajudar.

Agradeço a minha família pelo apoio contínuo na vida acadêmica e profissional.

Agradeço a São Bento pelas graças pedidas.

Agradeço a Santíssima Virgem Maria.

Agradeço a São Josemaria Escrivá pelo ressignificado da vida, do trabalho e da santidade.

Via Sacra XI Estação: Jesus é pregado na Cruz

Jesus quer ser levantado ao alto, aí: no ruído das fábricas e dos escritórios, no silêncio das bibliotecas, no fragor das ruas, na quietude dos campos, na intimidade das famílias, nas assembleias, nos estádios... Lá onde um cristão gaste a sua vida honradamente, deve colocar com o seu amor a Cruz de Cristo, que atrai a Si todas as coisas.

São Josemaria Escrivá de Balaguer

RESUMO

O presente trabalho aborda a Teoria dos Limites dos Limites no contexto do Direito Constitucional, mais especificamente, no estudo dos direitos fundamentais e sua limitabilidade. A característica de relatividade entre os direitos fundamentais pode gerar conflitos de interesses em casos concretos, tornando-se essencial encontrar uma solução para evitar a restrição desses direitos. Em suma, este trabalho busca contribuir para uma compreensão mais aprofundada da Teoria dos Limites dos Limites e sua aplicação no sistema jurídico brasileiro. A análise dos julgados permitirá identificar como os tribunais enfrentam os desafios de conciliar direitos fundamentais e encontrar soluções que garantam a preservação dos princípios constitucionais e a proteção dos direitos dos indivíduos.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Teoria dos Limites dos Limites, Direitos Fundamentais, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This paper addresses the Theory of Limits of Limits in the context of Constitutional Law, specifically focusing on the study of fundamental rights and their limitability. The characteristic of relativity among fundamental rights can lead to conflicts of interests in specific cases, making it essential to find a solution to avoid the restriction of these rights. In summary, this work seeks to contribute to a deeper understanding of the Theory of Limits of Limits and its application in the Brazilian legal system. The analysis of court rulings will help identify how the courts face the challenges of reconciling fundamental rights and finding solutions that ensure the preservation of constitutional principles and the protection of individual rights.

Keywords: Constitutional Law, Theory of Limits of Limits, Fundamental Rights, Supreme Federal Court, Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONFLITO DE NORMAS	9
2.1 CONFLITOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	15
3 TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES	17
3.1 CONTEXTO.....	17
3.2 EVOLUÇÃO E CONCEITOS DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES	19
3.3 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE	20
3.4 RESTRIÇÕES E LIMITES NO DIREITO FUNDAMENTAL	21
3.5 PRIMA FACIE	22
3.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	27
4 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	28
5 CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	45

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são objeto de intensos debates dentro do ordenamento jurídico. Embora possam parecer um instituto recente, eles já estavam presentes na antiguidade como direitos do homem, sendo que o que ocorreu em épocas mais recentes foi a sua positivação. O célebre Código de Hamurabi já consagrava em seu texto uma ideia de "não opressão" e de imposição de limites à atuação legislativa do Estado. Portanto, imagina-se que essa discussão esteja perto de seu encerramento; no entanto, a luta histórica pela defesa da efetivação de direitos essenciais a uma vida digna tende a perdurar no tempo. A sociedade atual goza de grandes avanços nesse sentido, tendo como alicerce o Estado Democrático de Direito; contudo, ainda encontra obstáculos que necessitam ser superados na busca pela consagração de preceitos básicos à vida humana. Deste modo, a discussão sobre o tema é de grande importância e relevância, uma vez que abrange a coletividade.

O presente estudo tem como objetivo geral investigar como a teoria dos limites dos limites (Schranken-Schranken) tem sido aplicada no ordenamento jurídico brasileiro perante a Constituição Federal de 1988. Tratando-se dos objetivos específicos, busca-se compreender, com o auxílio da doutrina, a teoria supracitada, bem como prospectar na jurisprudência casos em que essa teoria foi aplicada, além de discutir os prós e contras da aplicação da teoria dos limites dos limites em nosso ordenamento jurídico.

O debate no Direito é sempre válido, dado sua constante evolução, buscando atender de forma mais justa possível os interesses da sociedade. Ao longo dos anos, o Direito buscou diversas fontes para ser compreendido e aplicado de maneira justa e eficaz. Recentemente, intensificou-se a discussão sobre a limitação da liberdade do legislador em sua atuação na restrição ou limitação de direitos essenciais à vida digna. Trazer à baila a Teoria dos Limites dos Limites enriquece o debate, bem como contribui para o desenvolvimento e avanço deste campo.

O presente estudo trata-se de uma análise documental, partindo de uma abordagem qualitativa do problema. A abordagem qualitativa é caracterizada pelo contato frequente com a realidade e não envolve números, permitindo a avaliação de citações e a descrição de padrões advindos do meio científico. O objetivo deste trabalho é exploratório. Segundo Gil (2008), visa-se familiarizar-se com um assunto ainda pouco conhecido e pouco explorado. Como qualquer

pesquisa, esta também depende de uma pesquisa bibliográfica, pois, mesmo que existam poucas referências sobre o assunto pesquisado, nenhuma pesquisa hoje começa da absoluta estaca zero.

Nesse cenário, os novos princípios aplicáveis para a hermenêutica jurídica¹ são a supremacia da Constituição e a interpretação conforme ela. De forma lógica, o Supremo Tribunal Federal, responsável guardião da Constituição, tem papel fundamental nesse ditame interpretativo e na sua influência dentro da cultura jurídica decorrente das jurisprudências do *common law* cada vez mais presente e sinérgico com a tradição do *civil law* no Brasil e seu passado histórico. Os direitos fundamentais surgiram da combinação de diversas fontes, desde tradições enraizadas em diferentes civilizações até a integração de pensamentos filosófico-jurídicos e ideias oriundas do cristianismo e do direito natural.

2. CONFLITO DE NORMAS

Em primeiro lugar, o ordenamento jurídico constitui um sistema normativo hierarquizado (sistema dinâmico), no qual normas superiores delegam competência a autoridades específicas para a edição de normas inferiores. Essas normas inferiores, ao serem criadas em conformidade com a delegação de competência, adquirem validade e se integram ao sistema jurídico. Diante desta premissa, surge a seguinte questão: qual a consequência jurídica da existência de normas que, quanto ao seu conteúdo ou processo de formação, não correspondem às normas superiores que lhes deram origem?

Para responder a essa questão, é necessário primeiro evidenciar certas incongruências em expressões como "decisões jurisdicionais ilegais" ou "leis inconstitucionais". Esses termos refletem a existência de um Direito "antijurídico", que deve ser eliminado através da revogação de normas contraditórias. Ora, se uma norma é considerada objetivamente válida, ela certamente corresponde à norma superior que lhe deu origem, sendo este um princípio essencial para a garantia da unidade de todo o sistema normativo. Portanto, uma "norma contrária às normas" é uma contradição em termos, mesmo que o conteúdo ou o processo de formação da norma subalterna não se identifique com aquele determinado pela norma superior. Para que uma norma seja anulável, ela deve ser válida, ou seja, deve ter

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

existência dentro de um determinado ordenamento. E para que isso aconteça, ela deve necessariamente estar em conformidade com o Direito.

Ao se constatar a existência jurídica de normas inferiores que não correspondem, em conteúdo ou processo de formação, às suas respectivas normas superiores (normas "antijurídicas"), surge a necessidade de determinar quem tem competência para detectá-las. O ordenamento deve delegar essa competência não a indivíduos, mas a um órgão específico, pois, do contrário, uma norma jurídica jamais vincularia todas as partes simultaneamente. Uma das primeiras alternativas do ordenamento é atribuir competência aos tribunais para verificar a "antijuridicidade" das normas.

O tribunal de primeira instância, ao proferir uma decisão judicial, pode fazê-lo contra ou conforme a lei geral. Ambas as decisões serão válidas e passíveis de questionamento pelas partes. Essa validade, contudo, pode ser retirada por meio da decisão de um tribunal hierarquicamente superior (tribunal de segunda instância), cuja decisão, novamente, pode ser contra ou conforme a lei geral que lhe deu origem. A verificação, entretanto, não pode ser realizada infinitamente pelos tribunais, devendo cessar em determinado órgão a fim de garantir maior estabilidade jurídica. Por isso, a decisão do tribunal superior tem força de coisa julgada, ou seja, as partes não mais poderão questionar sua "juricidade".

Nessa seara, mesmo nesse último grau de verificação, a norma individual pode ou não obedecer à norma geral que lhe deu origem. Assim, enquanto os tribunais inferiores proferem sentenças de validade provisória, pois podem ser questionadas pelas partes e verificadas por um tribunal superior, os tribunais superiores emitem sentenças definitivas, pois constituem a instância máxima de verificação de contrariedade entre normas, cujas decisões nenhuma parte poderá contestar. Assim como atesta Kelsen²:

“O fundamento objetivo da sua anulabilidade não é (...) a sua ilegalidade, isto é, o fato de não corresponder à norma geral que deve aplicar (...), mas a possibilidade pela ordem jurídica prevista de estabelecer com vigência definitiva a outra alternativa, não realizada pela decisão atacada.”

É importante ressaltar que ambas as decisões judiciais são passíveis de contestação pelas partes, uma vez que estas agem motivadas por seus próprios interesses. No entanto, elas

² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Editora Martins Fontes, 6ª edição, 1998.

preveem que o tribunal de última instância pode decidir contra ou conforme a lei geral, e nada poderão fazer caso a decisão não corresponda aos seus desejos.

Logo, pode-se afirmar que a previsibilidade de determinação das normas jurídicas individuais é bastante limitada, pois tanto os tribunais inferiores quanto os superiores têm competência para agir contra ou conforme a lei geral. A única diferença é que, no caso dos tribunais inferiores e com exceção do tribunal superior, a sentença poderá ser anulada por meio de um processo especial.

De igual modo que não se pode referir a uma "norma ilegal" ou "contrária ao Direito" sem incorrer em contradição, afirmar que uma lei válida é "contrária à Constituição" constitui um paradoxo. Uma vez que uma lei é validada, pressupõe-se que esta esteja em conformidade com a Constituição, ainda que seu conteúdo ou forma divirjam das determinações constitucionais.

A quem a Constituição deve atribuir a competência para verificar se uma norma em sentido subjetivo também apresenta um sentido objetivo correspondente? Na ausência de disposições constitucionais específicas, essa competência recai naturalmente sobre os tribunais, pois são os órgãos incumbidos de aplicar a lei em casos concretos. Certamente, os tribunais devem possuir um mínimo de competência para averiguar se uma norma, em seu sentido subjetivo, corresponde a um sentido objetivo, isto é, se foi devidamente publicada pelo governo em um órgão oficial, como o Diário Oficial da União no Brasil.

Caso o controle de "inconstitucionalidade" seja conferido individualmente aos tribunais inferiores, as leis "contrárias à Constituição" seriam invalidadas apenas nos casos concretos determinados por cada tribunal, mantendo-se válidas dentro do ordenamento jurídico e podendo ser aplicadas posteriormente. Contudo, se a competência de verificação for atribuída ao tribunal supremo, este poderá invalidar uma determinada lei não apenas em um caso concreto, mas em todos os casos a que a lei se refere, retirando-a do sistema normativo. No Brasil, por exemplo, o controle de "inconstitucionalidade" é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, que pode solicitar à Assembleia Legislativa a revogação das normas consideradas "inconstitucionais".

Uma segunda alternativa é a atribuição de competência, pelo ordenamento jurídico, ao órgão responsável pela aplicação ou execução das leis para exercer o controle de "inconstitucionalidade". Esses órgãos devem possuir competência mínima para verificar se uma

norma, no seu sentido subjetivo, também possui um sentido objetivo, ou seja, se aquilo que se apresenta como lei foi, de fato, decidido pelo órgão legislativo conforme determinado pela Constituição. No Brasil, esses órgãos são o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, e as Câmaras Municipais.

A terceira alternativa é a atribuição de competência ao próprio órgão legislativo, resultando em profundas consequências para o processo legislativo: uma vez que este órgão se torna juridicamente apto a verificar a "inconstitucionalidade" das leis que cria, tudo o que nele for identificado como lei subjetiva simultaneamente apresentará caráter de lei objetiva, sem possibilidade de anulação por um processo especial que não seja uma lei subsequente criada pelo próprio legislativo. Assim, o legislador assume uma posição análoga à de um tribunal de última instância, cujas decisões possuem força de coisa julgada.

As implicações jurídicas dessa situação são de grande relevância. A Constituição, ao transferir competência ao legislador para editar uma lei contra ou conforme a Constituição, distingue que, no segundo caso, a lei pode ser anulada através de um processo especial. Quando a verificação de "inconstitucionalidade" é centralizada no órgão legislativo, esse "processo especial" deixa de existir, conferindo ao legislador o monopólio da validade de todas as leis promulgadas. Portanto, quanto maior a distância entre o órgão de verificação das leis e o órgão legislativo, maior será a correspondência entre o processo e o conteúdo prescritos pela Constituição e aqueles presentes na lei.

A criação de leis conforme a Constituição é incentivada por esta mesma, na medida em que normas cujo conteúdo ou processo de formação são contrários às suas determinações geralmente são anuláveis por um processo especial. Em alguns casos, a "inconstitucionalidade" pode ser considerada uma infração penal, sujeita a sanção. Legisladores ou primeiros-ministros, por exemplo, podem ser punidos pela "inconstitucionalidade" das leis.

Assim como as normas, os órgãos supremos de controle de "inconstitucionalidade" podem ser questionados quanto à sua competência, ou seja, se foram autorizados por uma norma superior válida para determinado fim. Esta questão deve ser resolvida por um órgão de hierarquia superior, o que pode gerar instabilidade jurídica. Para evitar tal situação, esses órgãos se estabelecem como supremos devido à eficácia global de suas normas (decisões). Conseqüentemente, sua validade torna-se inquestionável, e o órgão supremo de controle de "inconstitucionalidade" adquire uma posição análoga à de um tribunal de última instância.

Concluindo, o ordenamento jurídico proporciona, em seu âmago, condições para o surgimento de normas que não correspondem, quanto ao seu conteúdo ou processo de formação, às respectivas normas superiores. No entanto, pelo próprio fato de essas normas coexistirem dentro de um sistema dinâmico, preserva-se a unidade do todo normativo. Assim, a antinomia jurídica configura-se como o conflito entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e abrangendo o mesmo âmbito de validade temporal, espacial, pessoal e/ou material³. O autor distingue três tipos diferentes de antinomia, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas: em primeiro lugar, se as duas normas incompatíveis possuem igual âmbito de validade, a antinomia é denominada total-total: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra; em segundo lugar, a antinomia ocorre se as duas normas incompatíveis possuem âmbito de validade parcialmente igual e parcialmente diferente, subsistindo a antinomia apenas para a parte comum, denominando-se parcial-parcial; e, por último, se, de duas normas incompatíveis, uma possui um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou seja, se o âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com relação à segunda, e somente parcial por parte da segunda com relação à primeira, denominada total-parcial.

Bobbio ainda aponta a existência das chamadas antinomias impróprias, que envolveriam antinomias de princípios, de valoração e antinomias teleológicas. Essas antinomias não poderiam ser consideradas propriamente antinomias, pois o conflito existente não se dá entre normas. Para a resolução de antinomias, o autor apresenta critérios desenvolvidos pela doutrina e elabora nova distinção entre antinomias solúveis (aparentes) e antinomias insolúveis (reais). Logo, as antinomias que podem ser resolvidas pelos critérios apresentados a seguir seriam as antinomias solúveis. Seriam antinomias reais somente aquelas que não se resolvem mediante a aplicação dos referidos critérios.

Neste contexto, as regras fundamentais para a solução de antinomias seriam: (i) o critério cronológico (*lex posterior*): a lei posterior derroga a lei anterior; (ii) o critério hierárquico (*lex superior*): a lei superior derroga a lei inferior – entre duas normas incompatíveis, das quais uma é consuetudinária, prevalece a legislativa, desde que nesse ordenamento específico, o costume seja inferior à lei (como no caso do Ordenamento Jurídico

³ BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. In: O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

italiano); e (iii) o critério da especialidade (*lex specialis*): a lei especial derroga a lei geral – por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente (é uma antinomia total-parcial).

Uma possibilidade de antinomia real, insolúvel, seria aquela envolvendo normas contemporâneas, de mesmo nível e ambas gerais. Segundo Bobbio⁴, não haveria critério definido para a resolução de tal tipo de antinomia. Em um primeiro momento, tentou-se estabelecer uma solução baseada nas diversas formas de normas jurídicas (imperativas, proibitivas e permissivas), sendo preferível, numa antinomia entre normas imperativas ou proibitivas e uma norma permissiva, aplicar-se a segunda, por ser ela, em geral, mais favorável. Contudo, analisando-se com mais cuidado tal critério, percebe-se facilmente que ele padece de ambiguidade insolúvel, podendo levar à injustiça em função, principalmente, da bilateralidade da maior parte das relações jurídicas, o que leva Bobbio a afirmar sua imprestabilidade, nos seguintes termos: "o problema real, frente ao qual se encontra o intérprete, não é o de fazer prevalecer a norma permissiva sobre a imperativa ou vice-versa, mas sim o de qual dos dois interesses em conflito é justo fazer prevalecer: mas nessa decisão a diferença formal entre as normas não lhe oferece a mínima ajuda".

Outra situação de antinomia descrita pelo autor, cujo critério poderia ser baseado na forma das normas, se dá entre uma norma imperativa e outra proibitiva (normas contrárias), as quais se excluem mutuamente, mas não excluem uma terceira solução: no conflito entre obrigação positiva e obrigação negativa, o *tertium* é a permissão.

Bobbio afirma que os critérios deduzidos da forma da norma não possuem a mesma legitimidade dos três critérios principais de solução de antinomias (cronológico, hierárquico e da especialidade) e que a atividade do intérprete ganha ampla liberdade (quase um poder discricionário, a quem cabe resolver a antinomia segundo a oportunidade). Nesse caso, o autor aponta três possibilidades: (i) eliminar uma norma - interpretação ab-rogante imprópria simples, pois a oposição entre as duas normas é de contradição (inconciliáveis, portanto), cabendo ao intérprete eliminar uma delas, preservando a outra; (ii) eliminar as duas normas – interpretação ab-rogante imprópria dupla, pois a oposição entre as duas normas é de contrariedade, não de contradição; e (iii) conservar as duas normas – interpretação corretiva, demonstrando-se que as normas em confronto não são essencialmente incompatíveis, mas apenas na aparência. Bobbio

⁴ BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. In: O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

pondera ao final que, na verdade, a interpretação corretiva seria uma forma atenuada das duas formas de interpretação ab-rogante descritas anteriormente.

Finalmente, ainda na teoria do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio trata da possibilidade de aplicação de dois ou mais critérios para resolução de antinomias. Tratar-se-ia, assim, de incompatibilidade ou antinomia de segundo grau, pois se fala aqui em incompatibilidade de critérios de solução de antinomias e não de normas. Como já anteriormente tratado, sendo três os critérios para resolução de antinomias (cronológico, hierárquico, especialidade), os conflitos entre os mesmos podem ser três: A com B, B com C, A com C. Veja-se: (i) Conflito entre o critério hierárquico e o cronológico: ocorre quando uma norma anterior-superior é antinômica em relação a uma norma posterior-inferior => O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico; (ii) Conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: ocorre quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral => O critério da especialidade prevalece sobre o cronológico, vale dizer, lei geral posterior não derroga lei especial anterior; e (iii) Conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade: não existe uma regra geral consolidada, a solução dessa antinomia de segundo grau (entre critérios de solução de antinomias) vai depender do intérprete, aplicando-se um ou outro critério a cada caso.

2.1. CONFLITOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

O exercício dos direitos fundamentais pode conduzir a conflitos entre direitos constitucionais. Nesse cenário, torna-se imprescindível a definição do âmbito ou núcleo de proteção desses direitos. A determinação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais exige a identificação dos bens jurídicos tutelados e a amplitude dessa proteção, cuja verificação demanda análise caso a caso. Não é possível afirmar, de forma peremptória, se um bem específico está assegurado por determinado enunciado normativo.

É inegável a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, conforme ressalvas expressamente previstas no texto constitucional. Um exemplo notório é a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, cuja violação é possível mediante ordem judicial fundamentada, conforme a Lei nº 9.296/96. Esta permite a interceptação para provas em investigações criminais ou em instruções processuais penais, desde que haja indícios razoáveis de autoria ou

participação em infração penal e a prova não possa ser obtida por outros meios disponíveis. Outro exemplo é a liberdade de exercício profissional, que, a priori, permite o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas a lei pode prever certos requisitos para seu exercício, como ocorre nas profissões regulamentadas (advocacia, corretor de imóveis, corretor de seguros, médico, entre outras). Também há restrições ao direito de reunião, que deve ser pacífico, desarmado, realizado em locais abertos ao público e não frustrar outra reunião previamente convocada para o mesmo local. A liberdade de associação também está condicionada a fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar, entre outros dispositivos constitucionais.

A relevância do tema aumenta quando a efetividade do direito constitucional requer a edição de uma norma legal para sua concretização, como ocorre com a disciplina da sucessão estabelecida pelo Código Civil. Sem essas regras, não se garantiria a proteção constitucional adequada, pois elas asseguram o patrimônio legal a ser conservado aos herdeiros, definem os herdeiros legítimos e a ordem de vocação hereditária, estabelecem a possibilidade de exclusão de determinados indivíduos da sucessão, garantem ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação do imóvel destinado à residência da família, entre outros aspectos. A proteção constitucional, por si só, não seria suficiente para garantir efetivamente todos os contornos inerentes a esse direito, demandando complementação e densificação normativa.

Por outro lado, direitos como à vida, liberdade de locomoção, expressão, reunião, crença religiosa e convicção política e filosófica não dependem de complemento legislativo para seu exercício. Essa regulação pelo legislador é conhecida como poder de conformação, exemplificada nos direitos previstos nos incisos XXVI a XXIX da Constituição Federal de 1988, que exigem a edição de lei para a concretização dos direitos neles estabelecidos.

No que tange às restrições aos direitos fundamentais, identificam-se duas teorias: a externa e a interna. Para a teoria externa, direito e restrição são categorias distintas, sem relação intrínseca. As restrições aos direitos fundamentais são expressamente previstas pelo legislador por meio de reservas legais simples e qualificadas. Essa possibilidade de restrições exclusivamente por expressa previsão legal é criticada por implicar o reconhecimento de direitos absolutos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, a teoria interna considera que os direitos fundamentais surgem com conteúdo delimitado, isto é, com limites imanentes, visto que não existem direitos ilimitados. As restrições seriam obtidas a partir da interpretação e declaração do próprio conteúdo do direito. Independentemente da teoria

adotada, os direitos fundamentais podem ser limitados por disposição constitucional expressa (restrição imediata) ou por lei ordinária com fundamento imediato na Constituição (restrição mediata). Há duas espécies de restrições: a reserva legal simples, que consiste na expressa autorização constitucional para a restrição do direito pelo legislador, sem exigências complementares; e a reserva legal qualificada, que estabelece limitações à atuação legislativa, como a restrição à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, exigindo ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

É possível intervenção legislativa em direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva constitucional, desde que o legislador não ultrapasse os limites definidos no próprio âmbito de proteção. Segundo a doutrina do direito comparado, nem tudo o que está protegido pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa desfruta de efetiva proteção. A problemática atual refere-se à utilização de previsões imprecisas que conferem maior liberdade de atuação ao legislador na densificação do direito, podendo resultar em maior restrição ao direito fundamental. Exemplos incluem o mandamento constitucional penal sobre crimes hediondos, cuja execução integral da pena em regime fechado foi posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, a vedação à liberdade provisória também foi declarada inconstitucional pela Corte Suprema.

Pode-se catalogar três instâncias no procedimento de restrição normativa dos direitos fundamentais: a fixação do âmbito de proteção da norma de direito fundamental, identificando os bens juridicamente tutelados; a fixação do âmbito de proteção efetiva da norma de direito fundamental, analisando as restrições que podem incidir sobre os direitos fundamentais; e a fixação dos limites dos limites, estabelecendo limites constitucionais às próprias restrições aos direitos fundamentais.

3. TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES

3.1. CONTEXTO

O direito é um sistema dinâmico e evolutivo, adaptando-se conforme necessário para assegurar uma convivência harmoniosa na sociedade entre os indivíduos, que são sujeitos de direitos e deveres. No entanto, como já observado anteriormente, essa convivência nem sempre é pacífica devido à subjetividade dos direitos e deveres dos seus destinatários,

resultando em conflitos de direitos. É importante ressaltar que os direitos fundamentais não são absolutos, porém, não podem ser completamente suprimidos em favor de outros. Portanto, é necessário realizar uma ponderação entre eles, limitando um em detrimento do outro, mas preservando o núcleo essencial de cada direito.

O Direito Constitucional é um ramo das ciências jurídicas que estuda a Constituição e sua aplicação. Dentro da disciplina, como grande ponto central inclusive do próprio bloco constitucional, os direitos fundamentais são de extrema importância no ordenamento jurídico. Isto pois foram criados no sentido de limitar o poder do Estado perante os indivíduos. Os principais constam no art. 5º da Constituição:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...”

Como é visível, não há hierarquia explícita entre os incisos do artigo, sendo a ordem numeral apenas organização legislativa. No entanto, com o juízo valorativo e de interpretação dos magistrados competentes para julgar os devidos processos legais, além das leis infraconstitucionais, estabelece-se um sistema de hierarquia implícita entre os direitos fundamentais. Esse sistema possibilita a resolução de conflitos de interesse que surgem quando dois ou mais direitos fundamentais entram em choque em um caso concreto.

É nesse contexto que a Teoria dos Limites dos Limites, também conhecida como Schranken-Schranken, se torna relevante. Essa teoria, desenvolvida no âmbito do neoconstitucionalismo, visa estabelecer limites para a relativização de direitos fundamentais. Em outras palavras, ela busca definir até que ponto é possível restringir um direito fundamental em face de outro direito ou interesse coletivo, sem que haja uma anulação completa da proteção constitucional. Dessa maneira, a teoria dos "limites dos limites" refere-se aos limites estabelecidos de forma expressa ou implícita pela Constituição às leis que restringem os direitos fundamentais, com o intuito de evitar possíveis arbitrariedades nessas leis restritivas. Essa teoria visa controlar a discricionariedade do julgador e do legislador, em caso de reforma constitucional, em relação à restrição dos direitos fundamentais, impedindo a sua descaracterização ou até mesmo a sua anulação, o que inviabilizaria o seu exercício na vida social.

3.2. EVOLUÇÃO E CONCEITOS DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES

A Teoria dos Limites dos Limites tem suas raízes na discussão acerca da colisão de direitos fundamentais e sua relativização. Para compreendermos sua evolução, é essencial voltarmos aos primórdios do constitucionalismo moderno.

No século XVIII, com a ascensão dos direitos fundamentais, eles foram concebidos como direitos absolutos, inalienáveis e universais. Contudo, com o desenvolvimento dos Estados e das sociedades, percebeu-se que a aplicação absoluta de certos direitos poderia gerar conflitos de difícil solução.

Foi nesse contexto que surgiram as primeiras teorias para lidar com essas colisões de direitos, como a Teoria da Ponderação e a Teoria da Restrição Proporcional de Direitos. No entanto, tais teorias não conseguiram fornecer uma solução definitiva, pois ainda deixavam margem para a relativização ilimitada dos direitos fundamentais.

A Teoria dos Limites dos Limites surge, então, como uma tentativa de superar as limitações das abordagens anteriores. Ela estabelece que, embora seja possível relativizar direitos fundamentais em situações excepcionais, essa relativização deve ter seus próprios limites, evitando que um direito seja restringido de forma absoluta em detrimento de outro.

Para aplicar a Teoria dos Limites dos Limites, é necessário que os intérpretes e aplicadores do Direito levem em conta os princípios e valores fundamentais presentes na Constituição. Nesse sentido, a própria Constituição atua como um filtro ou parâmetro para a relativização dos direitos, definindo até que ponto eles podem ser restringidos sem comprometer sua essência.

3.3. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE

A Teoria dos Limites dos Limites é aplicada por meio da interpretação jurídica, onde a Constituição é o ponto central e limite para essa relativização dos direitos fundamentais. A supremacia constitucional impõe que todas as normas infraconstitucionais e atos do poder público estejam em conformidade com a Constituição, caso contrário, serão considerados inválidos.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, como princípio basilar, se erige em farol interpretativo na delimitação desses contornos. Cada direito fundamental deve ser interpretado de modo a salvaguardar e respeitar a dignidade inerente a cada indivíduo, almejando-se a harmonização dos diversos interesses e direitos em jogo. Todos os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma a promover e proteger a dignidade de cada indivíduo, garantindo uma harmonização entre os diferentes interesses e direitos em jogo. Assim como Min. Gilmar Mendes explicita em sua obra de doutrina constitucional⁵:

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não

5 MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012

perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou “limites dos limites” (Schrannen-Schrannen), que 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 311/2051 à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Nesse viés, o núcleo essencial do direito fundamental emerge como elemento primordial na compreensão da limitação do poder judiciário dentro desse escopo de direitos. Fundamentado na dogmática germânica, desponta o princípio da reserva do possível, concebido para proteger os direitos fundamentais, conforme prescrito pela Lei Fundamental de Bonn. Sua finalidade é restringir a discricionariedade legislativa quanto aos direitos inalienáveis do indivíduo.

Nesse contexto, Gilmar Mendes corrobora a gênese desse princípio ao observar que diversos ordenamentos constitucionais, como a Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 19, II) e a Constituição portuguesa de 1976 (art. 18o, III)⁶, consagram a proteção explícita do núcleo essencial. A compreensão do núcleo essencial e seu papel na teoria dos limites constitucionais não se reveste de excessiva complexidade. Entretanto, a definição precisa de tal núcleo essencial figura como uma tarefa de grande complexidade.

3.4. RESTRIÇÕES E LIMITES NO DIREITO FUNDAMENTAL

Antes de adentrar na discussão acerca dos limites e restrições aos direitos fundamentais, faz-se necessário elucidar o conceito de restrição. A etimologia da palavra "restrição", de origem latina (*restrictio onis*), denota a ideia de moderação na realização de algo, agindo com moderação. Segundo o Dicionário Houaiss, restrição significa o "[...] ato ou efeito de restringir(se); condição restritiva; imposição de limite; condicionante". Juridicamente, constitui-se como "[...] limitação ou condição que a lei impõe ao livre exercício de um direito ou de uma atividade; reserva, ressalva".

Nesse contexto, a restrição a um direito fundamental implica na limitação da esfera de proteção ou dos pressupostos de fato desse direito. A definição dos limites para o exercício de determinado direito fundamental é motivada pela presença de valores e circunstâncias em jogo

⁶ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Promulgada em 2 de abril de 1976. Lisboa: Assembleia da República, 1976.

no ordenamento jurídico. Cidadãos detentores de direitos ou interesses comunitários devem ser ponderados para que uma pessoa possa usufruir de certo direito fundamental ou tê-lo restringido.

Virgílio Silva reporta-se a Canotilho para elucidar os limites dos direitos fundamentais. Segundo este autor, os "limites imanentes" surgem como resultado do sopesamento entre direitos colidentes, não sendo, portanto, limites percebidos pelo intérprete. De acordo com Canotilho, "[...] os chamados 'limites imanentes' são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais que conduz ao afastamento definitivo, em um caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade ou garantia". Canotilho refere-se a limites ou restrições constitucionais.

Embora Silva concorde com a tese de Canotilho⁷, ele critica o uso do termo "imaneente", uma vez que este já é compreendido como oposto à ideia de restrição resultante de um sopesamento ou ponderação, além de não ser adequado qualificar como imaneente um limite que depende e surge de um caso concreto. Tanto Silva quanto Canotilho advertem que a restrição ocorre posteriormente, ou seja, é constitutiva e não declaratória. Dessa forma, quando há intervenção externa ao direito, ocorre a restrição, não a declaração de limite imaneente.

Segundo ele Sarlet (2003, p. 9-10)⁸, há três tipos de limitações aos direitos fundamentais: o primeiro ocorre quando a própria constituição limita o exercício do direito fundamental; no segundo, a constituição autoriza a limitação, porém, esta deve ser implementada pelo legislador; por fim, o último tipo prevê limites implicitamente autorizados (ou limites implícitos), que não estão explicitamente previstos na constituição, mas decorrem do sistema constitucional.

3.5. PRIMA FACIE

O caráter *prima facie* dos direitos fundamentais é intrínseco à sua natureza, delineando uma qualidade que possibilita a modificação da posição do direito fundamental diante de circunstâncias conflitantes. Em outras palavras, os direitos fundamentais, enquanto princípios, são revestidos de uma condição que os torna razões *prima facie*, direitos *prima facie*. Tanto os

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.

princípios quanto as regras compartilham desse caráter *prima facie*, embora sua aplicação não se dê da mesma maneira em ambos. Conforme exposto por Alexy⁹:

"Princípios demandam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não encerram um mandamento definitivo, mas apenas prima facie. [...] Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. [...] As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter prima facie que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios."

Dessa forma, o caráter *prima facie* dos direitos fundamentais está alinhado às considerações da teoria externa, uma vez que somente por meio da interpretação dos princípios e regras como razões para o julgamento concreto do dever-ser é possível extrair a real extensão da proteção fundamental adequada ao caso em questão. Em suma, o caráter *prima facie* dos enunciados de direitos fundamentais se manifesta na relatividade dos pesos dessas normas, as quais, por vezes, precisam ser submetidas a restrições para que seu conteúdo possa ser otimizado em sua extensão.

A Teoria dos Limites dos Limites, como proposta normativa, busca precisamente estabelecer balizas para a atuação do legislador na restrição dos direitos fundamentais, evitando excessos e arbitrariedades que possam comprometer a integridade desses direitos.

O princípio da proteção do núcleo essencial tem como objetivo evitar restrições desproporcionais e desarrazoadas, que acabam por nulificar ou esvaziar o conteúdo do direito fundamental. Em relação a essa proteção, Virgílio Afonso da Silva esclarece que "significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles". Nesse sentido, duas teorias tratam da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa.

Por exemplo, mesmo sendo mais predominante o *common law* no direito europeu o respeito à essência dos direitos fundamentais está consagrado no Artigo 52(1) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a "Carta"), como uma das condições que devem ser cumpridas para que uma limitação ao exercício de um direito fundamental seja justificada. Portanto, quando uma medida da UE não leva devidamente em consideração a essência de um

⁹ ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes

direito fundamental, essa medida é incompatível com a Carta e deve ser anulada ou declarada inválida. De modo semelhante, quando uma medida nacional que implementa o direito da UE — no sentido do Artigo 51(1) da Carta¹⁰ — não respeita a essência de um direito fundamental, essa medida deve ser anulada.

O conceito de essência de um direito fundamental não é novo, podendo ser rastreado até a Lei Básica Alemã de 1949 (o "Wesensgehalt"), que, por sua vez, influenciou a incorporação desse conceito nas constituições de outros Estados Membros, como Portugal ("conteúdo essencial"), Espanha ("contenido esencial"), Polônia ("istota"), Estônia ("olemus"), Hungria ("lényeges tartalom"), República Tcheca ("podstata"), Eslováquia ("podstata") e Romênia ("existența"). Portanto, a razão pela qual esse conceito foi incorporado na Carta pode ser, como alguns estudiosos sugerem, que ele decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros.

Da mesma forma, embora a obrigação de respeitar a essência de um direito fundamental não seja expressamente reconhecida na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (a "CEDH"), ela pode ser encontrada na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (o "TEDH"). No nível da UE, as Explicações relativas ao Artigo 52(1) da Carta indicam que o conceito de essência de um direito fundamental baseia-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (o "TJUE") sobre a proteção dos direitos fundamentais, entendidos como princípios gerais do direito da UE. Como um limite absoluto às limitações, a essência de um direito fundamental define uma esfera de liberdade que deve permanecer sempre livre de qualquer interferência. No caso dos direitos fundamentais que são absolutos—como a proibição de tratamento desumano ou degradante—o conteúdo de tais direitos é "essencial", o que significa que nenhuma limitação pode ser imposta ao seu exercício.

Quanto aos direitos fundamentais cujo exercício pode estar sujeito a limitações, uma medida que respeite a essência desses direitos não os coloca em questão como tais. Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que a essência de um direito fundamental não é comprometida quando a medida em questão limita o exercício de certos aspectos desse direito, deixando outros intocados, ou aplica-se em um conjunto específico de circunstâncias relacionadas à conduta individual da pessoa em causa. Por outro lado, para que

¹⁰ Cf. <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/limits-on-limitations-the-essence-of-fundamental-rights-in-the-eu/3071D1A8FB881031F8E3F6D5799959BD>. Acesso em 24.07.2024

uma medida da UE ou nacional comprometa a essência de um direito fundamental, tal medida deve constituir uma limitação particularmente intensa e ampla ao exercício desse direito.

O fato de que o conceito de "essência de um direito fundamental" é comprometido apenas em casos extremos é positivo. Dado que nenhuma interferência nessa esfera de liberdade pode ser justificada, o TJUE deve proceder com cautela ao definir as circunstâncias sob as quais a essência de um direito fundamental é comprometida. Uma compreensão ampla desse conceito correria o risco de transformar todos os direitos reconhecidos na Carta em direitos absolutos, o que é simplesmente insustentável em um sistema democrático de governança como o da UE, onde o equilíbrio de interesses concorrentes ocorre regularmente.

Ademais, segundo a teoria absoluta (*absolute Theorie*), existe uma unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) insuscetível de intervenção estatal. Virgílio Afonso da Silva explica que "isso significa que no âmbito de proteção do direito em questão deve existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam justificar sua restrição".

A teoria relativa, por outro lado, admite que o núcleo essencial dos direitos fundamentais possa ser objeto de ponderação e ajuste, considerando as circunstâncias específicas e os interesses em jogo. Essa abordagem reconhece a possibilidade de flexibilização dos limites dos direitos fundamentais, desde que as restrições impostas sejam proporcionais e não comprometam a essência do direito protegido.

A aplicação dessas teorias tem implicações significativas na prática jurídica. A teoria absoluta oferece uma proteção mais rigorosa, garantindo que certos aspectos dos direitos fundamentais permaneçam invioláveis, independentemente das circunstâncias. Por outro lado, a teoria relativa permite uma maior adaptabilidade, possibilitando que o ordenamento jurídico responda de maneira mais eficaz a situações complexas e variáveis.

A escolha entre essas abordagens pode depender do contexto legal e das tradições jurídicas de cada país. Em sistemas jurídicos que valorizam a segurança jurídica e a proteção robusta dos direitos fundamentais, a teoria absoluta pode ser preferida. Em contraste, em sistemas que priorizam a flexibilidade e a capacidade de resposta a novas circunstâncias, a teoria relativa pode ser mais apropriada.

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, diferentemente de outros sistemas jurídicos, não existe uma cláusula expressa que defina o núcleo essencial dos direitos

fundamentais. Contudo, a cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, funciona como um limite para o legislador ordinário. Nesse contexto, embora não haja uma previsão expressa, a jurisprudência da Suprema Corte já reconheceu a existência de um núcleo essencial. Isso foi evidenciado no Habeas Corpus nº 82.959, onde a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos foi considerada uma violação ao princípio do núcleo essencial, como destacado:

"A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nota Maria Lúcia Karam, com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador; assim indevidamente retirando-lhe eficácia e diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante."

A imposição de um regime integralmente fechado, sem considerar as peculiaridades de cada indivíduo, conflita com a garantia da individualização da pena, fundamental para a reintegração social do condenado.

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

De maneira similar, no Recurso Extraordinário nº 387.945/AC, o STF determinou que a "imunidade do advogado, além de condicionada aos 'limites da lei', não dispensa o respeito ao núcleo essencial da garantia da libertas conviciandi e não se estende às relações do profissional com seu próprio cliente."

A jurisprudência e a doutrina brasileira, portanto, reconhecem a existência de um núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais, ainda que não expressamente delineado na Constituição. Esse núcleo essencial atua como um baluarte contra intervenções legislativas desarrazoadas, garantindo que os direitos fundamentais não sejam esvaziados ou nulificados. A proteção desse núcleo é crucial para assegurar que os direitos fundamentais permaneçam efetivos e significativos, resistindo a qualquer tentativa de limitação que possa comprometer sua essência.

3.6. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No contexto do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos um elo intrínseco com a discussão sobre os limites dos direitos fundamentais e a Teoria dos Limites dos Limites. Este princípio, consagrado como um dos pilares fundamentais dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, preconiza que todo ser humano possui um valor inerente e uma dignidade que devem ser respeitados e protegidos pelo Estado e pela sociedade como um todo. Assim, ao considerarmos a história de Antígona¹¹, vemos claramente a defesa dessa dignidade, pois a protagonista enfrenta as imposições estatais em nome do respeito à vida e à honra de seu irmão, mesmo sendo anacrônico por ser anterior à teoria defendida, é uma comparação pertinente dentro da linha cronológica do pensamento jurídico por ter como discussão a mesma temática.

A Teoria dos Limites dos Limites, ao se debruçar sobre a ponderação entre interesses individuais e coletivos, encontra na dignidade da pessoa humana seu fundamento primordial. É através desse princípio que se busca estabelecer os parâmetros para a atuação estatal, garantindo que as restrições aos direitos fundamentais não comprometam a essência e a integridade do indivíduo. No caso de Antígona, sua resistência às ordens de Creonte é motivada pela convicção de que a dignidade de seu irmão falecido deve ser preservada, independentemente das consequências legais. A conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a Teoria dos Limites dos Limites ressalta a importância de se buscar um equilíbrio entre a preservação dos direitos individuais e a promoção do bem comum. Em Antígona, essa busca por equidade se manifesta na defesa intransigente dos valores morais e éticos, que transcendem as leis estabelecidas pelo Estado. Assim, a dignidade humana emerge como um farol orientador, iluminando os caminhos da justiça e da convivência democrática.

Nesse ímpeto reflexivo, ressoa a assertiva constitucional consagrada no artigo 1º da Carta Magna, onde se proclama que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Este preceito, além de estabelecer a dignidade como um valor supremo, orienta a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, influenciando diretamente na abordagem dos conflitos entre direitos fundamentais. Tomemos como exemplo o embate entre a liberdade de expressão, consagrada no artigo 5º, inciso IV, e o direito à privacidade, previsto no inciso X do mesmo artigo. Em situações em que um indivíduo busca expor informações privadas de terceiros em nome da liberdade de expressão, há uma colisão de

¹¹ SÓFOCLES. Antígona. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2003.

direitos fundamentais que requer uma ponderação cuidadosa, considerando sempre a dignidade da pessoa humana como baliza orientadora.

Além disso, o direito à vida, insculpido no artigo 5º, caput, da Constituição, muitas vezes entra em conflito com outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade e à segurança, elencados nos incisos XV e LXI do mesmo dispositivo legal. Por exemplo, em casos envolvendo a aplicação da pena de morte ou a eutanásia, surgem questionamentos éticos e jurídicos acerca da preservação da vida em confronto com a autonomia individual e a dignidade do ser humano. Aqui, a Teoria dos Limites dos Limites desempenha um papel crucial ao estabelecer os parâmetros para a atuação estatal, garantindo que as restrições aos direitos fundamentais não violem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas ponderações, é imprescindível reconhecer que a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais demandam uma análise contextualizada e sensível aos valores humanos mais elevados. À luz da Constituição e de sua matriz axiológica, cada conflito entre direitos fundamentais deve ser examinado à luz da dignidade da pessoa humana, buscando-se sempre a promoção da justiça e da equidade. Em síntese, a preservação da dignidade humana constitui não apenas um imperativo jurídico, mas um compromisso ético que permeia toda a estrutura normativa do Estado Democrático de Direito.

4. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Preliminarmente, é imperativo situar o conceito da teoria supracitada, a Teoria dos Limites dos Limites, cujas raízes remontam ao contexto germânico, tendo como marco a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, em 1946. O escopo dessa teoria reside em salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais quando se faz necessária a imposição de restrições a esses preceitos. No contexto brasileiro, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) desempenham papéis fundamentais no tocante aos direitos fundamentais e à interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais. Como evidenciado anteriormente, o cerne da aplicação da teoria dos limites reside na delimitação das restrições aos direitos fundamentais, assegurando que não se comprometa o núcleo essencial do direito em questão. Caso contrário, tal preceito seria descaracterizado, perdendo sua essência e eficácia protetiva.

Embora amplamente empregada na dogmática europeia, a teoria dos limites não tem a mesma presença e atuação na jurisprudência brasileira, especialmente nas funções do legislador e do aplicador do direito. A seguir, analisamos casos emblemáticos em que essa teoria foi aplicada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para garantir e limitar as restrições aos direitos fundamentais, reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Um caso paradigmático diz respeito ao sigilo das operações realizadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e sua subsidiária BNDES Participações S.A. (BNDESPAR) com terceiros. A análise da quebra do sigilo bancário foi julgada pela Primeira Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux¹².

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL. 1. O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito (IPSEN, Jörn. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221).

4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

... Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito. 9. A preservação, in casu, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade. 10. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.) 11. A Proteção Deficiente de vedação implícita permite assentar que se a publicidade não pode ir tão longe, de forma a esvaziar, desproporcionalmente, o direito fundamental à

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33340.

privacidade e ao sigilo bancário e empresarial; não menos verdadeiro é que a insuficiente limitação ao direito à privacidade revelar-se-ia, por outro ângulo, desproporcional, porquanto lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente.

... O direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto.

Como prerrogativa constitucional, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem o direito de acessar informações relacionadas a operações financeiras envolvendo recursos públicos. Como destacado no acórdão anexo, "a contratação pública não pode ser realizada em ambientes obscuros, encobertos por um arcabouço jurídico que impeça o controle social sobre a aplicação das verbas públicas."

No entanto, o TCU não possui a autorização para realizar a quebra de sigilo bancário e empresarial que envolva terceiros, nem para exercer tal ação de forma coercitiva. Nesse contexto, foi reconhecido que o TCU deve ter acesso irrestrito às operações financeiras conduzidas por entidades de direito privado da Administração Indireta, visto que estas entidades estão sujeitas ao controle financeiro do Tribunal.

A decisão enfatiza que a manutenção do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e pela BNDESPAR com terceiros não apenas impediria o cumprimento das funções constitucionais do TCU, como também representaria uma limitação excessivamente restritiva e desproporcional ao direito fundamental à privacidade.

No exame dessa questão, foi discutida a aplicação da teoria dos limites dos limites, que serviu como base para justificar a necessidade de preservar o núcleo essencial do direito fundamental, ao mesmo tempo em que se assegurava o cumprimento das prerrogativas constitucionais do TCU. Assim como segue a redação:

15. A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (Schranken-Schranken).

Dessa maneira, constata-se que o instituto em questão já tem sido integrado à nossa jurisprudência, evidenciando a importância e a relevância do tema central deste trabalho. Ademais, revela a disposição dos aplicadores do direito em adotar novas ferramentas para o controle e a restrição dos direitos fundamentais.

A decisão do STF ressalta a aplicação criteriosa da teoria dos limites, onde a proteção ao núcleo essencial do direito ao sigilo bancário foi harmonizada com a necessidade de transparência e accountability, fundamentais em uma sociedade democrática. A quebra do sigilo bancário foi autorizada apenas nos casos estritamente necessários, onde o interesse público e a preservação do Estado democrático de direito justificavam tal medida.

Este exemplo ilustra a atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos fundamentais, aplicando a teoria dos limites de maneira a garantir que as restrições impostas não anulem ou esvaziem o núcleo essencial desses direitos. Assim, preserva-se o equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e os imperativos de transparência e controle social, que são igualmente importantes em um estado democrático.

Outro exemplo é a ADPF 645 MC, onde o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu a eficácia do artigo 2º da Resolução nº 4.765/2019, editada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que passou a permitir a cobrança de tarifa pela oferta de cheque especial por instituições financeiras, mesmo na hipótese de não utilização do serviço. Esta decisão foi proferida em sede de medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 645, impetrada pelo partido Podemos, a qual será submetida ao referendo do Plenário.

O relator observou a presença dos dois pressupostos necessários para a concessão da medida cautelar: a verossimilhança do direito (plausibilidade jurídica) e o perigo da demora. Segundo o Ministro, até a promulgação da resolução, a única possibilidade de cobrança por parte das instituições financeiras era em relação à concessão emergencial de crédito para a cobertura de excessos sobre o limite previamente acordado do cheque especial, configurando-se como um serviço adicional. O Ministro salientou que os bancos não efetuavam cobrança pelo serviço de disponibilização e/ou manutenção mensal do cheque especial, que foi instituído há quatro décadas, uma vez que apenas a cobrança de juros era permitida, e somente quando houvesse efetiva utilização, de forma proporcional ao valor e ao tempo de usufruto. O relator destacou que muitos consumidores são incentivados a contratar essa modalidade de crédito, mesmo cientes de que podem nunca utilizá-la. “Toda essa realidade deve ser alinhada aos preceitos constitucionais, entre os quais se inclui a proteção ao consumidor”, defende o Ministro.

No tocante à legalidade, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a nova cobrança, apesar de ser denominada “tarifa”, pode se assemelhar a outras duas possíveis naturezas

jurídicas: tributo, na modalidade de taxa, tendo em vista que a cobrança se dá exclusivamente pela disponibilização mensal do limite pré-aprovado do cheque especial; ou antecipação de juros, dado que há a possibilidade de compensação da “tarifa” com os juros futuros. No primeiro caso, haveria violação ao princípio da legalidade tributária, uma vez que a instituição de taxas só é permitida por lei em sentido formal e material, conforme preceitua o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal. No segundo caso, a cobrança seria inconstitucional por comprometer a posição econômica e jurídica do consumidor (artigo 170, inciso V, da CF), ao dissimular a forma de cobrança antecipada, prejudicando aqueles que possuem a disponibilização de limite de cheque especial. Em relação ao princípio da proporcionalidade, o relator ponderou que o CMN poderia ter adotado soluções menos gravosas para mitigar o custo e a regressividade da cobrança, uma vez que o cheque especial é mais frequentemente utilizado por clientes com menor poder aquisitivo e menos instrução financeira, buscando racionalizar o uso por parte do consumidor.

Além disso, o relator indicou que, em análise preliminar, há indícios de que a resolução também viola o inciso XXXVI do artigo 5º da CF, que garante a proteção aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois a norma retroage para 1º de junho de 2020, afetando contratos em vigor que não previam qualquer custo adicional para a manutenção do limite disponível.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes determinou a conversão da ADPF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Dessa forma, o ministro demonstra que é necessário definir o âmbito ou núcleo de proteção (*Schutzbereich*) e, se necessário, estabelecer com precisão as restrições ou limitações a esses direitos (limitações ou restrições = *Schranke oder Eingriff*). O âmbito de proteção de um direito fundamental engloba os diversos pressupostos fáticos contemplados pela norma jurídica (por exemplo, a reunião sob determinadas condições) e a consequência comum de garantir a proteção fundamental. Alguns sustentam que o âmbito de proteção é aquela porção da realidade que o constituinte decidiu definir como objeto de proteção especial, ou seja, aquela fração da vida coberta por uma garantia fundamental. Direitos individuais como o direito de propriedade e o direito à proteção judicial possuem um âmbito de proteção estritamente normativo (âmbito de proteção estritamente normativo)

Nesses casos, o legislador ordinário não se limita apenas a estabelecer restrições ao direito em questão, mas deve definir, até certo ponto, a amplitude e a configuração desses direitos individuais. É relevante destacar que o poder de conformação não se confunde com

uma faculdade ilimitada de disposição. Não se inclui no âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada à possibilidade de limitação ou restrição de um determinado direito. Isso implica que o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, assegurando apenas a possibilidade de que determinada situação tenha sua legitimidade aferida à luz de parâmetros constitucionais.

No domínio dos direitos de defesa, o âmbito de proteção dos direitos individuais e as restrições a esses direitos são conceitos interrelacionados. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior é a possibilidade de qualificar qualquer ato do Estado como uma restrição. Em contrapartida, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor a probabilidade de se configurar um conflito entre o Estado e o indivíduo. Assim, a análise das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou de seu núcleo. Este processo não pode ser fixado por regras gerais, exigindo um procedimento específico para cada direito fundamental.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de um determinado direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção só pode ser obtida por confronto com eventuais restrições a esse direito.

Não obstante, com o intuito de alcançar uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção requer a análise da norma constitucional garantidora de direitos, considerando:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção (âmbito de proteção da norma);

b) a verificação das possíveis restrições expressamente contempladas na Constituição (restrição constitucional expressa) e a identificação das reservas legais de índole restritiva.

Como se evidencia, a discussão sobre o âmbito de proteção de um determinado direito é um ponto central na dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre é possível afirmar com segurança se determinado bem, objeto ou conduta estão ou não protegidos por um dado direito. Por exemplo, indaga-se em alguns sistemas jurídicos se valores patrimoniais estão cobertos pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrange outras formas de comunicação (como comunicação via rádio,

pagar, etc.). Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de um direito fundamental exige um esforço hermenêutico renovado e constante.

Nessa toada, a ementa se discorre novamente a teoria tratada assim como o princípio da proporcionalidade como segue¹³:

O art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo. Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v.g., “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII). Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental. Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado. 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. 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. Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, III). Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais. A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC ADPF 645 DF. Número do processo : 0085097-78.2020.1.00.0000

intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestattet werden). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. Na mesma linha, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1). Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.

Dessa maneira, seja como princípio explicitamente consagrado nessa Constituição ou como postulado constitucional implícito, o princípio da proteção do núcleo essencial visa assegurar que o conteúdo dos direitos fundamentais não seja comprometido por restrições inadequadas, desmedidas ou desproporcionais. Este princípio busca garantir que qualquer intervenção legislativa respeite o núcleo essencial dos direitos, evitando que a sua substância seja erodida por medidas legislativas que comprometam seu alcance e efetividade. Além disso, continua a ementa:

(...)

Sobre o postulado da proporcionalidade, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária que:

“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa.

Nessa toada, a ponderação de princípios e outras técnicas hermenêuticas são utilizadas para embasar a tese, o que se faz utilizando o direito comparado devido à baixa frequência da Teoria dos Limites dos Limites no Brasil, assim o ministro continua com a jurisprudência alemã:

Assim, em decisão proferida em março de 1971, o Bundesverfassungsgericht assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins, acrescentando que uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico BverfGE,25:1(12).

O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador. É o que se constata em decisão do Bundesverfassungsgericht na qual, após discutir aspectos relativos à eficácia e adequação de medidas econômicas consagradas em ato legislativo, concluiu -se que o legislador não havia ultrapassado os limites da discricionariedade que lhe fora outorgada.

O Tribunal reconhece que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social, ou político-jurídica. Esse juízo inerente à atividade política parece ter determinado uma postura cautelosa do Tribunal no exame relativo à adequação das medidas legislativas. A inconstitucionalidade de uma providência legal por objetiva desconformidade ou inadequação aos fins somente pode ser constatada em casos raros e especiais.

Embora reflita a delicadeza da aplicação desse princípio no juízo de constitucionalidade, tal orientação não parece traduzir uma atitude demissionária quanto ao controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos.

Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz a Corte Constitucional alemã, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.

Por outro lado, o direito português, esse sim diretamente influenciador do direito brasileiro devido a colonização e história jurídica das ordenações precípua à República também traz força à ponderação do princípio da proporcionalidade, como exemplifica o ministro na ementa:

No Direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no art. 18º, 2, do Texto Magno, que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O princípio da proibição de excesso, tal como concebido pelo legislador português, afirma Canotilho, constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.

Logo, a doutrina constitucional mais moderna, seja *common law* ou *civil law*, reforça a ideia que em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não exclusivamente sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, porém também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Dessa maneira, o ministro descreve por final a ponderação dos princípios e subprincípios:

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit).

O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é simplesmente inadequado (schlechthin ungeeignet), objetivamente inadequado (objektiv ungeeignet), manifestamente inadequado ou desnecessário (offenbar ungeeignet oder unnötig), fundamentalmente inadequado (grundsätzlich ungeeignet), ou se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado (ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann).

O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. 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 inadequado.

(...)

Portanto, as técnicas hermenêuticas de Bobbio ao resolver antinomias, preservando a unidade do ordenamento jurídico, aparece aqui na eficiência citada na ementa, onde os objetivos alcançados e o resultado também importam no momento da ponderação de princípios.

Sendo assim, o STF, como guardião da Constituição Federal, possui a competência precípua de zelar pela sua supremacia e pela efetivação dos direitos fundamentais nela consagrados. Cabe a este tribunal a guarda da Constituição, sendo o órgão responsável por julgar ações que versem sobre sua interpretação e aplicação, bem como por garantir a observância dos preceitos fundamentais em todas as esferas do poder público.

Por outro lado, o STJ, enquanto instância máxima da Justiça ordinária, exerce papel relevante na uniformização da interpretação das leis federais infraconstitucionais. Sua competência inclui o julgamento de recursos especiais, ações rescisórias e conflitos de competência, dentre outras atribuições, sendo responsável por assegurar a correta aplicação das normas infraconstitucionais à luz dos princípios e garantias fundamentais consagrados na Constituição. No que concerne aos direitos fundamentais, ambos os tribunais têm o dever de protegê-los e garantir sua efetivação, cada qual em sua esfera de atuação. Enquanto o STF atua diretamente na defesa dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, o STJ exerce sua competência na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais de forma a assegurar a observância dos princípios e garantias fundamentais nelas contidos.

Nesse contexto, é essencial que tanto o STF quanto o STJ estejam atentos à necessidade de harmonizar a proteção dos direitos fundamentais com outras prerrogativas e interesses jurídicos, buscando sempre garantir um equilíbrio entre a preservação dos direitos individuais e o interesse público. A Teoria dos Limites dos Limites, ao oferecer parâmetros para a restrição proporcional dos direitos fundamentais, pode desempenhar um papel relevante nesse contexto, contribuindo para uma atuação judiciária mais equilibrada e consentânea com os princípios democráticos e o Estado de Direito.

No Brasil, é perceptível que essa teoria não figura entre os institutos mais amplamente empregados quando o legislador, no exercício de suas atribuições, se vê compelido a restringir direitos. No âmbito da jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, representada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, observa-se escassez de referências à Teoria dos Limites dos Limites (Schranken-Schranken), havendo apenas um precedente (MS 33340), três decisões monocráticas (ARE 1331423, MS 23168 e ADPF 645 MC) e três informativos. Assim, a menção explícita a esse tema (Schranken-Schranken) ainda é incipiente em nosso tribunal máximo.

Nos raros casos em que a Schranken-Schranken foi expressamente citada, percebe-se nos pronunciamentos dos operadores do direito a intenção de utilizar essa teoria como um referencial orientador para a restrição do preceito fundamental, de modo a promover uma limitação proporcional que garanta a preservação do núcleo essencial do direito em questão. A compreensão da aplicabilidade da Teoria dos Limites dos Limites emerge como uma clareza evidente; entretanto, sua discussão e disseminação em âmbito nacional ainda não alcançaram estágios elevados de relevância, conforme delineado neste estudo. No contexto dos direitos fundamentais, que desfrutam de um amplo debate e disseminação no âmbito jurídico e social, a Schranken-Schranken, notavelmente, apresenta um índice de aplicabilidade na jurisdição pátria ainda incipiente, revelando-se pouco conhecida e não despertando grande atratividade ou relevância.

Contudo, é possível observar nos casos acima mencionados nesta discussão, decisões recentes, o que pode sugerir que este tema esteja começando a dar passos mais firmes em direção a uma inserção crescente como uma ferramenta limitadora e balizadora restritiva da atividade estatal. Essa evolução busca oferecer ao indivíduo, cujo direito esteja sendo limitado, a garantia de que o aplicador e/ou legislador não venha a lesar o núcleo essencial do direito em questão.

No que se refere aos direitos fundamentais, é notório o longo e antigo processo de luta e busca por sua efetivação, visando assegurar ao homem a oportunidade de viver de forma digna, de acordo com sua concepção individual de dignidade, e com acesso a ferramentas de proteção diante do poder estatal excessivo. O surgimento desses direitos decorreu da necessidade de restringir o alcance do poder do Estado como legislador e aplicador das normas sociais, o que conferia ao Estado um poder excedente em suas mãos.

Além da análise restrita à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), é pertinente estender o escrutínio à atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no contexto da Teoria dos Limites dos Limites. Notavelmente, observa-se que, assim como no STF, a referida teoria ainda não se encontra amplamente difundida na jurisprudência do STJ. Embora o STJ desempenhe um papel fundamental na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, a abordagem específica da Teoria dos Limites dos Limites parece não ter alcançado o mesmo nível de proeminência nesse âmbito. Poucos são os precedentes nos quais essa teoria é expressamente citada ou aplicada como referencial normativo para a restrição dos direitos fundamentais.

Essa constatação evidencia um cenário jurídico no qual a discussão e a assimilação da Teoria dos Limites dos Limites ainda carecem de maior desenvolvimento e difusão não apenas no STF, mas também no STJ. O progresso nesse sentido requer uma atenção redobrada por parte dos operadores do Direito, visando uma compreensão mais abrangente e uma aplicação mais consistente dessa teoria nos casos em que se faça necessária a restrição de direitos fundamentais.

Embora tenha havido avanços consideráveis ao longo das gerações na defesa desses direitos, é inegável afirmar que essa causa ainda não está esgotada, sendo necessário percorrer ainda um longo caminho para a sociedade atual e as futuras gerações. Verifica-se que a Teoria dos Limites dos Limites é um instituto amplamente difundido no Direito europeu, tendo como ponto de partida a Lei Fundamental de Bonn. Assim, torna-se evidente que tal teoria atua com o objetivo de evitar a supressão total de um direito fundamental quando o legislador ou aplicador do direito precisa impor uma restrição a esses direitos. No entanto, constata-se que a Teoria dos Limites dos Limites ainda não se difundiu tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça.

5. CONCLUSÃO

A nova dogmática constitucional marca a adoção de um modelo estatal inovador, fundamentado na força normativa da Constituição. Esse paradigma inclui o desenvolvimento da teoria dos princípios, reconhecendo-lhes eficácia normativa, a transformação da hermenêutica jurídica, a expansão e consagração dos direitos fundamentais e a ampliação da soberania popular, baseada nos pilares da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático

de direito. Este arcabouço implica no reconhecimento de um núcleo central dos direitos fundamentais, com o objetivo de resguardar valores essenciais à existência humana, prevenindo modificações circunstanciais que possam reduzir ou aniquilar esses direitos.

Essa percepção da força normativa da Constituição, conferindo-lhe valor jurídico, atua como um instrumento de limitação do poder. Ao delimitar os poderes em um documento vinculante, cuja alteração exige um processo mais dificultoso e solene, acentua-se sua superioridade, criando as condições necessárias para o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (judicial review). Nesse cenário, surgem questionamentos sobre as limitações aos direitos fundamentais, especialmente quando o conteúdo e a efetividade do direito constitucional requerem a edição de uma norma legal para sua concretização. Dada a abertura semântica e o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, são frequentes os conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, seja em casos de concorrência, onde uma mesma situação fática é tutelada por múltiplas normas, seja em hipóteses de colisão de direitos fundamentais, onde ocorre um conflito entre direitos tutelados por pessoas diversas com pretensões antagônicas.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem resolvido os casos de concorrência de direitos fundamentais através do critério da especialidade. No julgamento do RE nº 511.961/SP, foi decidido que o direito geral à liberdade profissional (art. 5º, XIII) deve ser interpretado em conjunto com o direito à liberdade de expressão e de informação (art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220), concluindo-se que no campo da profissão de jornalista não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. Em casos de concorrência real, como na decisão do Inquérito nº 2.424/RJ, onde concorriam direitos fundamentais como o direito à intimidade, o direito ao sigilo das comunicações telefônicas e o direito à inviolabilidade do domicílio, a questão foi decidida à luz do direito à inviolabilidade domiciliar, proporcionando uma proteção mais ampla.

No que tange à colisão de direitos fundamentais, o STF tem resolvido os conflitos mediante a ponderação, seja através de análises abstratas, aplicando o poder geral de conformação legislativa dos direitos fundamentais, ou através de análises concretas realizadas pelo Poder Judiciário. São utilizados critérios como a interpretação constitucional sistemática, considerando todas as normas aplicáveis à situação fática e identificando os parâmetros constitucionais para a resolução do problema, e o critério da proporcionalidade, verificando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da limitação, permitindo ou não

o exercício de outro direito fundamental. Na ADI nº 319 QO/DF, o STF reconheceu que o Estado pode, por via legislativa, estabelecer uma política de preços de bens e serviços para combater o abuso de poder econômico que busca o aumento arbitrário dos lucros.

Sobre a colisão de direitos fundamentais, o STF decidiu, no RE nº 145.023/RJ, que em caso de colisão do direito de propriedade, o proprietário do prédio vizinho não pode impedir uma edificação que bloqueie a vista existente a partir do seu imóvel. Nesse contexto, surge o relevante questionamento sobre a possibilidade de limitação do poder de conformação do legislador. Este poder está submetido às próprias limitações constitucionais, implicando um dever implícito de preservar as garantias constitucionais, não podendo suprimi-las ou restringi-las de forma a nulificar o próprio direito garantido. Além dessa limitação, há também o dever de legislar, isto é, de concretizar os direitos fundamentais que demandam regulamentação para seu exercício. Como decidido pelo STF no MS nº 23.452/RJ, não existem direitos ou garantias absolutos, sendo possível a adoção de medidas restritivas de liberdades individuais ou coletivas, desde que respeitados os parâmetros estabelecidos pelo ordenamento constitucional.

Embora a relatividade dos direitos fundamentais e a possibilidade de sua restrição sejam reconhecidas – uma vez que a própria Constituição Federal estabelece restrições diretas e indiretas a diferentes direitos fundamentais –, deve-se proteger o núcleo essencial desses direitos, rejeitando-se limitações legislativas que esvaziem a própria essência do direito fundamental. Essa limitação à atuação do legislador é estabelecida pelo conceito de "limites dos limites" (Schranken-Schranken). A discussão acerca da liberdade de conformação do legislador já havia sido abordada pelo STF, ainda sob a Constituição de 1967/69, conforme a Representação nº 930, em que o Ministro Rodrigues Alckmin decidiu que essa liberdade não é absoluta.

O reconhecimento do núcleo essencial dos direitos fundamentais pelo STF é exemplificado no RE nº 511.961/SP, onde foi afirmado que a reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir seu próprio núcleo essencial, e no RE nº 387.945/AC, onde se decidiu que a imunidade do advogado, além de condicionada aos limites da lei, não se estende às relações do profissional com seu próprio cliente. No HC nº 82.959/SP, foi declarado inconstitucional o regime integralmente fechado de cumprimento de pena previsto na redação original da Lei nº 8.072/90, por violar o núcleo essencial do direito à individualização da pena. A Suprema Corte tem utilizado a proporcionalidade como critério para resolver conflitos em casos concretos,

verificando a adequação e a necessidade do ato legislativo, pois o excesso de poder legislativo pode resultar na inconstitucionalidade substancial do ato normativo.

No Brasil, a proporcionalidade, inicialmente fundamentada em uma cláusula implícita dos direitos fundamentais, passou a ser vista sob a perspectiva do princípio do devido processo legal na acepção substantiva com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF, art. 5º, LIX). A jurisprudência do STF é rica em exemplos de aplicação da proporcionalidade, como na Representação nº 1.077, onde se estabeleceu a ideia de equivalência razoável entre o custo do serviço e a contraprestação cobrada, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 118 da Lei nº 383/1980 do Estado do Rio de Janeiro. A proporcionalidade também tem sido usada para resolver colisões entre direitos fundamentais, como no julgamento do HC nº 76.060/SC sobre a obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA em ações de paternidade, e na ADI nº 4983/CE, que decidiu que o dever de proteção ao meio ambiente sobrepõe-se aos valores culturais da atividade desportiva.

A relevância do duplo controle de proporcionalidade – abstrato e concreto – é crucial para a conclusão do processo de ponderação, como nos casos de aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal, onde é necessário analisar as circunstâncias do caso concreto. A proporcionalidade é utilizada tanto como proibição de excesso (*Übermassverbot*) quanto como proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), conforme decidido no RE nº 418.376/MS, onde se afirmou que o Estado não pode abdicar da proteção penal de um direito fundamental.

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

No contexto da jurisprudência brasileira, embora a Teoria dos Limites dos Limites ainda não tenha alcançado uma ampla difusão, observa-se sua aplicação em casos pontuais, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e, em menor escala, no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esses tribunais desempenham um papel crucial na interpretação e proteção dos direitos fundamentais, garantindo sua observância e efetivação em consonância com a Constituição Federal.

A doutrina constitucional brasileira também desempenha um papel fundamental na reflexão e desenvolvimento dessa teoria, fornecendo subsídios teóricos e argumentativos para sua aplicação nos casos concretos. A interpretação dos direitos fundamentais à luz da Teoria dos Limites dos Limites permite uma ponderação adequada entre os valores constitucionais em jogo, evitando excessos e garantindo uma proteção equilibrada desses direitos.

Por fim, a compreensão e aplicação adequada da Teoria dos Limites dos Limites exigem uma abordagem criteriosa e equilibrada por parte dos operadores do Direito. É essencial que tanto a jurisprudência quanto a doutrina constitucional continuem a desenvolver e aprimorar essa teoria, buscando conciliar a proteção dos direitos fundamentais com as demandas da sociedade contemporânea, em um constante esforço pela efetivação dos princípios democráticos e do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Promulgada em 23 de maio de 1949. Disponível em: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (btg-bestellservice.de). Acesso em: 11/05/2024.

ALEXY, Robert. Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BARROSO, Luís R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 11/05/2024.

BOBBIO, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. In: O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 27ª. ed. atual. São Paulo/SP: Malheiros Editores Ltda, 2011.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1.077/RJ. Relator: Min. Moreira Alves, j. 28.03.1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

DE ALENCAR IGREJA, Ricardo. Limites às Restrições de Direitos Fundamentais: a teoria dos limites dos limites. 1ª. ed. atual. Jaguatirica/RJ: Paula Jacaty, 2017.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Editora Martins Fontes, 6ª edição, 1998.

LAMMÊGO BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. 9ª. ed. atual. São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

Lei Fundamental de Bonn - <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

LINHARES, Emanuel A.; SEGUNDO, Hugo de Brito M. Democracia e Direitos Fundamentais. Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597006575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/>. Acesso em: 11/05/2024.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 8ª edição. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021097. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/>. Acesso em: 11/05/2024.

MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620575/>. Acesso em: 11/05/2024.

MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012

MORAES, Alexandre D. Direitos Humanos Fundamentais. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 11/05/2024.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional - Volume Único, 9ª edição. Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5496-3. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5496-3/>. Acesso em: 11/05/2024.

PINHO, Rodrigo César R. Coleção Sinopses Jurídicas 17 - Direito constitucional: teoria geral da constituição e direitos fundamentais. Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN

9788553601226. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601226/>. Acesso em: 11/05/2024.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Promulgada em 2 de abril de 1976. Lisboa: Assembleia da República, 1976. Disponível em: 08600.pdf (diariodarepublica.pt). Acesso em: 11/05/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.

SÓFOCLES. Antígona. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2003.

STF. MANDADO DE SEGURANÇA. MS 33340. Relator Ministro Luiz Fux. DJ 26/05/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur313576/false>.

STF. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 645. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 03/04/2020. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1092622/false>.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ARE 133311423. Relator Ministro Alexandre de Moares. DJ 01/07/2021. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1217831/false>.