

Curso Popular Defensoria

Direitos e garantias fundamentais

Prof.^a Amanda Pilon Barsoumian

Aspectos terminológicos

Direitos humanos ou direitos fundamentais

CF/88 - TÍTULO II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Direitos fundamentais: direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do **direito constitucional positivo de determinado Estado**. Direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Direitos humanos: direitos reconhecidos em **documentos de direito internacional**, posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Não se confundem com os **direitos naturais**, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lição de Norberto Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a **dimensão histórica e relativa dos direitos humanos**, que assim se desprenderam – ao menos em parte – da ideia de um direito natural (pré-estatal e inato).

Direitos fundamentais ou garantias fundamentais

Direitos fundamentais: bens e vantagens prescritos na norma constitucional, expressa ou implicitamente.

Garantias fundamentais: **instrumentos** através dos quais se **assegura** o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os **repara**, caso violados. Os **remédios constitucionais** (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, etc.) são **espécies** de garantias fundamentais.

Evolução histórica e dimensões/gerações dos direitos fundamentais

Precursores teóricos

Idade Média - Santo Tomás de Aquino: concepção **cristã** da igualdade dos homens perante Deus; teórico do **direito natural** (jusnaturalista).

Séculos XVI a XVIII – avanço da doutrina do direito natural pelo pensamento filosófico europeu, com o surgimento do pensamento **iluminista**.

Contratualistas: Hobbes, Locke, Rousseau. O contrato social realiza a **passagem do estado de natureza para a sociedade política e civil**. Em Rousseau, surge a ideia de que o Estado existe para **diminuir as desigualdades** entre os homens e promover a **manutenção da liberdade** que já existe no estado de natureza.

Kant: há um **supremo princípio da moralidade**, o que o autor denominou de **imperativo categórico**, isto é, uma lei prática incondicional que serve como fundamento último para todas as ações humanas. São **dois** os imperativos categóricos, segundo Kant, a **fórmula da lei universal** (“Age apenas segundo uma máxima pela qual possas querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal”) e a **fórmula da humanidade como fim em si mesma** (“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca simplesmente como um meio”). Esse é o embrião do **princípio da dignidade da pessoa humana**, que fundamenta os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Documentos históricos

Séc. XIII - Magna Charta Libertatum: pacto firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Serviu como ponto de referência para alguns **direitos e liberdades civis** clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade.

1628 - Petição de Direitos (Petition of Rights), firmada por Carlos I

1679 - Ato de Habeas Corpus (Habeas Corpus Act), subscrito por Carlos II

1689 - Declaração de Direitos (Bill of Rights), promulgada pelo Parlamento

Os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses (tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, o direito de petição e alguma liberdade de expressão) ganham **status de direito costumeiro e de liberdades genéricas de direito público**, resultando na progressiva **limitação do poder monárquico** e da afirmação do Parlamento perante a Coroa inglesa.

1776 – Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (Constituição norte-americana)

1789 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Revolução francesa)

Dimensões/gerações dos direitos fundamentais

Expressão utilizada pela primeira vez por **Karel Vasak**, em conferência proferida em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, mas popularizada na obra de **Norberto Bobbio**.

Críticas ao termo “gerações”: o **reconhecimento progressivo** de novos direitos fundamentais tem o caráter de um **processo cumulativo**, de complementaridade, e **não de alternância**, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a **falsa impressão da substituição** gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.

Ademais, a **própria ideia de dimensões deve ser lida com ressalvas**, já que a evolução dos direitos fundamentais **não é linear nem igual em todos os contextos regionais e nacionais**, de modo que nem mesmo a visão cumulativa das dimensões de direitos é suficiente para capturar a complexidade dos direitos humanos, cuja trajetória é marcada por **avanços, retrocessos e mesmo contradições**. Trata-se de uma simplificação para **fins didáticos, com utilidades práticas**, mas que não deve ser vista de forma limitativa.

Bobbio utilizou tal forma de apresentação dos direitos para demonstrar seu argumento segundo o qual os direitos fundamentais e os direitos humanos são **categorias históricas e materialmente abertas**, ou seja, são fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.

Primeira dimensão de direitos fundamentais:

- Derivados do **pensamento liberal-burguês do século XVII**, caracterizados por um cunho fortemente individualista (**Estado liberal**);
- Direitos do indivíduo perante o Estado, chamados **direitos civis e políticos** ou direitos de **liberdade**;
- **Direitos de defesa**, demarcando uma **zona de não intervenção do Estado** e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como **direitos de cunho “negativo”**, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.
- São direitos de primeira dimensão: direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva.
- São garantias processuais de primeira dimensão: devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição.

Segunda dimensão de direitos fundamentais:

- Surgem como resposta às reivindicações socialistas por mais direitos e melhores condições de vida (**Estado social**):
 - 1917 – Constituição do México**
 - 1919 – Constituição de Weimar (Alemanha)**

1919 – criação da Organização Internacional do Trabalho no Tratado de Versalhes

1934 – Constituição brasileira

- **Direitos econômicos, sociais e culturais** ou direitos de **igualdade**;
- Direitos a **prestações** sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc., ou seja, são direitos de cunho positivo;
- Consagrados especialmente nas Constituições do **pós-segunda guerra mundial**;
- Não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas **também** as assim denominadas “**liberdades sociais**” (ex.: liberdade de sindicalização, direito de greve), bem como o reconhecimento de **direitos fundamentais aos trabalhadores** (ex.: direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho).

Terceira dimensão de direitos fundamentais:

- Surgem no contexto da **globalização** e da **pós-modernidade**, com profundas alterações nas relações econômico-sociais.
- Direitos de **fraternidade** ou de **solidariedade**;
- Visa a **proteção de grupos humanos** (povo, nação), caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade **transindividual** (coletiva ou difusa);
- São direitos de terceira dimensão: direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.
- Por sua natureza difusa, reclamam **novas técnicas de garantia e proteção**.

As três primeiras dimensões dos direitos fundamentais são relativamente consensuais na doutrina. Já as formulações de outras dimensões são minoritárias e, muitas vezes, particulares a um autor específico.

Quarta dimensão de direitos fundamentais:

- **Norberto Bobbio**: direitos decorrentes dos avanços no campo da **engenharia genética**.
- **Paulo Bonavides**: resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma **universalização no plano institucional**, que corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Essa dimensão é composta pelos **direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo**.

Quinta dimensão dos direitos fundamentais:

- **Paulo Bonavides**: direito à paz.
- **José Alcebíades de Oliveira Júnior e Antonio Wolkmer**: direitos vinculados aos desafios da **sociedade tecnológica e da informação**, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral
- **José Adércio Sampaio**: **dever de cuidado, amor e respeito** para com todas as **formas de vida**, bem como direitos de defesa contra as formas de dominação biofísica geradoras de toda sorte de preconceitos.

Sexta dimensão dos direitos fundamentais:

- **Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva: direito humano e fundamental de acesso à água potável.**

Conceito de direitos fundamentais

Segundo Canotilho, aquilo que qualifica um direito como fundamental, é precisamente a circunstância de que esta fundamentalidade é simultaneamente formal e material:

- **Fundamentalidade formal:** encontra-se ligada ao **direito constitucional positivo**, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria **constituição**, seja de forma **expressa**, seja de forma **implícita**, e composto, em especial, pelos seguintes elementos: (a) **supremacia hierárquica** das normas constitucionais; (b) submissão aos **limites formais** (procedimento agravado) e **materiais** (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); (c) **normas diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata** as entidades públicas e os atores privados (art. 5.º, § 1.º, da CF).
- **Fundamentalidade material:** análise do **conteúdo dos direitos**, isto é, da circunstância de conterem, ou não, **decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade**, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. Nesse sentido, a Constituição Federal, como já referido e previsto no **art. 5.º, § 2.º, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), com ou sem assento na Constituição.**

Conceito de direitos fundamentais (MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W.): “todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.”

Características dos direitos fundamentais

- 1) **Historicidade:** segundo Norberto Bobbio, os direitos fundamentais e os direitos humanos são **categorias históricas e materialmente abertas**, ou seja, são fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.
- 2) **Universalidade:** os direitos fundamentais destinam-se a **todos os seres humanos**, sem distinção.
- 3) **Limitabilidade/relatividade:** os direitos fundamentais **não são absolutos, podendo ceder diante de outros direitos igualmente fundamentais**. Deve-se sempre buscar a **máxima observância** dos direitos fundamentais, ou seja, sua **mínima restrição**.
- 4) **Concorrência:** podem ser exercidos **concorrentemente com outros direitos**.

- 5) **Irrenunciabilidade:** o indivíduo **pode não exercer** um direito fundamental, mas não pode dele renunciar.
- 6) **Inalienabilidade:** indisponíveis, **não têm valor econômico**.
- 7) **Imprescritibilidade:** o seu **não exercício ao longo do tempo não afeta o direito**.

Classificação dos direitos e garantias fundamentais

Classificação da CF/88

- direitos e deveres individuais e coletivos,
- direitos sociais,
- direitos de nacionalidade,
- direitos políticos e partidos políticos.

Classificação de Konrad Hesse

Direitos fundamentais em sentido formal: aquelas posições jurídicas da pessoa (na sua dimensão individual ou coletiva) que, por decisão expressa do legislador-constituente, foram **consagradas no catálogo dos direitos fundamentais**.

Direitos fundamentais em sentido material: são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, **por seu conteúdo e por sua importância** podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

Quanto às funções

Direitos de defesa (direitos negativos): proibições de intervenção (exigências de abstenção/omissão);

Direitos a prestações (direitos positivos): direitos a ações positivas, que exigem do destinatário uma atuação em nível de prestações fáticas (materiais) ou normativas (jurídicas), incluindo, neste caso, o dever de emitir normas de proteção, organização e procedimento.

Lembrando que um mesmo direito pode exigir tanto prestações negativas, como prestações positivas. Ex.: direito à educação abrange a liberdade de cátedra (defesa), bem como o direito a uma educação de qualidade (prestação).

Teoria dos quatro status – Jellinek

Status passivo (*subjectionis*): indivíduo detentor de deveres perante o Estado; indivíduo em posição de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições.

Status negativo: o indivíduo possui um espaço de liberdade diante das ingerências do Estado.

Status positivo (*civitatis*): o indivíduo pode exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação a seu favor.

Status ativo: o indivíduo tem o poder de influenciar a formação da vontade do Estado (direitos políticos).

Titularidade dos direitos e garantias fundamentais

Titular x Destinatário:

Titular do direito: é o **sujeito do direito**, ou seja, é quem figura como sujeito **ativo** da relação de direito subjetivo.

Destinatário do direito: pessoa (física ou mesmo jurídica ou ente despersonalizado) **em face da qual o titular pode exigir** o respeito, a proteção ou a promoção do seu direito.

Titulares de direitos fundamentais

Segundo **Ingo Wolfgang Sarlet**, a determinação da titularidade de direitos fundamentais não pode ocorrer de modo prévio para os direitos fundamentais em geral, mas reclama **identificação individualizada**, à luz de **cada norma de direito fundamental** e das **circunstâncias do caso concreto** e de quem figura nos polos da relação jurídica.

Podem ser titulares de direitos fundamentais:

- 1) **Pessoa natural (indivíduo) – princípio da universalidade:** **todas as pessoas**, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, **não significa que não possa haver diferenças** a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio **princípio da igualdade material**, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a **distinção entre brasileiro nato e naturalizado**, algumas distinções relativas aos **estrangeiros**, entre outras.

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:

Em que pese o art. 5º, caput, da CF/88 preveja **expressamente apenas os brasileiros (natos ou naturalizados) e os estrangeiros residente no País** como titulares de direitos fundamentais, é necessário realizar uma **interpretação sistemática das normas constitucionais** para também incluir os **estrangeiros não residentes, os apátridas e as pessoas jurídicas** como titulares de direitos fundamentais, ainda que **limitados**.

Ademais, o **brasileiro não residente no País não perde a titularidade de direitos fundamentais** já que estes não dependem da efetiva residência em território brasileiro, mas do vínculo jurídico da nacionalidade.

Considera-se **estrangeiro residente no País** todos os que, não sendo brasileiros natos ou naturalizados, **se encontram, pelo menos temporariamente, no País, guardando, portanto, algum vínculo com certa duração.**

Direitos assegurados aos estrangeiros não residentes:

- a) Direitos que guardem relação com a **dignidade da pessoa humana**;
 - b) Quando a própria **CF/88 enunciar direitos fundamentais com referência expressa a um alargamento da titularidade**, com as palavras “ninguém”, “todos”, etc. Ex.: “Ill - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”
 - c) **Abertura material do catálogo de direitos fundamentais consagrada no art. 5º, §2º, da CF/88: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**
Portanto, os **direitos previstos em tratados** devem ser garantidos a todos, inclusive os estrangeiros não residentes.
- 2) Pessoas jurídicas:** a **CF/88 não possui clausula expressa nesse sentido**, mas a titularidade de direitos fundamentais pelas PJs se justifica na medida em que são **projeções de pessoas físicas**, ainda que coletivamente consideradas (Walter Claudius Rothenburg). São titulares **apenas daqueles direitos compatíveis com a sua natureza peculiar e relacionados aos seus fins.**
- 3) Natureza e animais não humanos:** há **crecente discussão** na academia sobre os direitos da natureza e dos animais não humanos. Embora a **CF/88 não preveja expressamente essa titularidade**, é certo que o **artigo 225 traz diversos deveres do Estado e da sociedade para com a preservação do meio ambiente**, prevendo, inclusive, a **obrigação de proteção da fauna e da flora**. Para Ingo Sarlet, essa previsão consagra um princípio da dignidade da vida não humana e o autor entende serem os animais titulares de alguns direitos fundamentais.

Aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais

Art. 5º.

*§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata.***

Esse dispositivo alcança **todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no texto constitucional**, já que faz referência às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos individuais constantes do art. 5.º.

Normas de aplicação imediata (José Afonso da Silva): as normas constitucionais são “**dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam.**” **Difere da classificação das normas em eficácia plena, contida e limitada.**

Decorrências desse dispositivo legal:

- a) **Dever de maximização (otimização) da eficácia e efetividade** das normas de direitos fundamentais + **Dever de aplicação imediata** de tais normas.
- b) **Exclusão do caráter meramente programático** das normas de direitos fundamentais, que não podem ser reduzidas à condição de normas não autoaplicáveis, no sentido de normas destituídas de qualquer eficácia ou aplicabilidade.
- c) Gera uma **presunção** de que as normas de direitos fundamentais são **normas de eficácia plena**, ou seja, a ausência de lei não poderá, em regra, operar como elemento impeditivo da aplicação da norma de direito fundamental.
- d) A **eficácia e a aplicabilidade** que de fato cada norma de direito fundamental apresenta irão **depender do exame de cada direito fundamental e das diversas posições jurídicas que o integram**, sejam de cunho negativo (defensivo), sejam de cunho positivo (prestacional).
- e) Ainda que a norma de **direito fundamental tenha eficácia limitada**, é certo que deverá ser reconhecida sua **eficácia, ao menos, para efeitos de declarar a inconstitucionalidade de atos estatais contrários e reconhecer a inconstitucionalidade por omissão**.

Destinatários dos direitos e garantias fundamentais

São destinatários dos direitos e garantias fundamentais:

- 1) **Poderes e órgãos públicos, por força do art. 5º, §1º, da CF/88 – eficácia vertical dos direitos fundamentais:** os direitos fundamentais **não se encontram na esfera de disponibilidade** dos poderes públicos.
Assim, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na **obrigação de tudo fazer** no sentido de realizar os direitos fundamentais. Nesse ponto, destaca-se a vinculação da atividade jurisdicional, que em sua faceta positiva, obriga o Poder Judiciário, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a **maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico**.
Já em uma **acepção negativa**, os direitos fundamentais representam uma **limitação material da liberdade de legislar**, especialmente gerando uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.
- 2) **Particulares – eficácia horizontal/privada/externa dos direitos fundamentais:** na esfera privada, muitas vezes, ocorrem **situações de desigualdade** geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social. Nessas relações desiguais, o **princípio da dignidade da pessoa humana** deve ser preservado e os direitos fundamentais garantidos, sempre zelando para a sua **compatibilização com os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral**.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. **EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre**

peças físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (...) IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-10-2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Limites e restrições aos direitos fundamentais

Âmbito de proteção

Âmbito de proteção de um direito fundamental é o **bem jurídico protegido**, ou seja, o objeto tutelado por ele. Assim, tendo em vista que os direitos fundamentais não são absolutos, é necessário que se delimite o seu âmbito de proteção, para que possamos conhecer os limites internos e externos dos direitos.

Teorias dos limites dos direitos fundamentais:

- 1) **Teoria interna:** um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que **o direito já “nasce” com os seus limites**. Os limites são **imanentes**, não havendo que se falar em restrições. Assim, **não há diferença entre o âmbito de aplicação e os limites dos direitos fundamentais**, pois os limites são internos ao âmbito de aplicação.
- 2) **Teoria externa: distingue os direitos fundamentais das restrições** a eles eventualmente impostas. Segundo Ingo Sarlet, *“em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas prima facie e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social”*. Nesse sentido, **os próprios limites aos direitos fundamentais devem estar sujeitos a limites**, que são os denominados “limites dos limites”.

Limites aos direitos fundamentais

Conceito (Ingo Sarlet): ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que **difícultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido**, afetando o seu **exercício (aspecto subjetivo)** e/ou **diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo)** que resultem dos direitos fundamentais.

Espécies de limitações (sempre exige fundamento constitucional):

- 1) **Por expressa disposição constitucional;** Ex: art. 5º, XI - *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
- 2) **Por norma legal promulgada com fundamento na Constituição** (reservas legais);
- 3) **Por força de colisões entre direitos fundamentais:** direitos fundamentais **formalmente ilimitados** (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revele **imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais**.

Reservas legais:

Disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

- a) **Reservas legais simples:** autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental **sem estabelecerem pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados**, implicando, portanto, a atribuição de uma **competência mais ampla de restrição**.

Ex.: art. 5.º, LVIII, da CF/1988: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

- b) **Reservas legais qualificadas:** estabelecem **pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais**, inclusive a exigência de edição de **lei complementar**.

Ex.: art. 5.º, XII, da CF: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Limites dos limites aos direitos fundamentais

Controle de constitucionalidade formal e material das limitações aos direitos fundamentais (garantes da eficácia dos direitos fundamentais).

Princípio da proporcionalidade:

Duas vertentes:

- **Proibição de excesso:** face **negativa** do princípio da proporcionalidade, que **impede que o Estado atue excessivamente** sobre os direitos fundamentais de uma pessoa, sob a desculpa de estar protegendo direitos fundamentais de outras pessoas.
- **Proibição da proteção insuficiente:** face **positiva** do princípio da proporcionalidade, que **exige que o Estado atue eficazmente para cumprir seu**

dever de proteção dos bens jurídicos tutelados pela constituição (omissão inconstitucional).

Três subprincípios:

- a) **Adequação/conformidade (controle da viabilidade)**: possibilidade de se alcançar o **fim** almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s);
- b) **Necessidade/exigibilidade**: opção pelo **meio restritivo menos gravoso** para o direito objeto da restrição;
- c) **Proporcionalidade em sentido estrito/razoabilidade: análise comparativa** entre os meios utilizados e os fins colimados (**ponderação**). Segundo Sarlet, *“exige-se a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização”*.

Garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais:

O núcleo essencial é a **parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia**, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. O núcleo essencial, portanto, é **inviolável** e não pode estar sujeito às intervenções dos poderes estatais ou dos poderes particulares. Em nossa Constituição, trata-se de uma **garantia implícita**, não havendo um artigo específico que garanta o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. (Coleção esquematizado®). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.