

AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os *LIMITES DOS LIMITES* COMO INSTRUMENTO DE
PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DESSES DIREITOS

DENNY MENDES SANTIAGO

Mestre em Hermenêutica Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais

Graduado em Direito pela UFMG

Advogado e consultor jurídico em Belo Horizonte

AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os LIMITES DOS LIMITES COMO INSTRUMENTO DE
PROTEÇÃO AO NÚCLEO ESSENCIAL DESSES DIREITOS



Belo Horizonte
2014

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
André Cordeiro Leal	José Luiz Quadros de Magalhães
André Lipp Pinto Basto Lupi	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	Luciano Stoller de Faria
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Luiz Manoel Gomes Júnior
Clèmerson Merlin Clève	Luiz Moreira
David França Ribeiro de Carvalho	Márcio Luís de Oliveira
Dhenis Cruz Madeira	Maria de Fátima Freire Sá
Dirceô Torrecillas Ramos	Mário Lúcio Quintão Soares
Emerson Garcia	Nelson Rosenvald
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Renato Caram
Floribal de Souza Del'Olmo	Roberto Correia da Silva
Frederico Barbosa Gomes	Rodolfo Viana Pereira
Gilberto Bercovici	Rodrigo Almeida Magalhães
Gregório Assagra de Almeida	Rogério Filippetto de Oliveira
Gustavo Corgosinho	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Jean Carlos Fernandes	Wagner Menezes
Jorge Bacelar Gouveia - Portugal	William Eduardo Freire
Jorge M. Lasmar	

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2014.

Coordenação Editorial: Andréia Assunção e Fabiana Carvalho

Produção Editorial: Danilo Jorge da Silva

Revisão: Alexandre Bomfim

Capa: i9 Video Art

S235 Santiago, Denny Mendes
As limitações aos direitos fundamentais: os *limites dos limites* como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos / Denny Mendes Santiago. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. 140p.

ISBN: 978-85-8238-035-2

1. Direitos fundamentais. I. Título.

CDD: 341.274

CDU: 342.7

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

Rua Pernambuco, 1389, Loja 05P - Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30130-151
Tel: (31) 3031-2330

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2014

Aos meus pais.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	IX
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 2	
TEORIA INTERNA.....	5
2.1 Origem da discussão	7
2.2 Os limites imanentes.....	8
2.3 Direitos fundamentais prima facie e direitos fundamentais definitivos: a teoria interna como uma teoria dos direitos definitivos.....	10
2.4 Limites e restrições: utilização desses conceitos na perspectiva da teoria interna.....	17
2.5 Origem da delimitação do conteúdo dos direitos: externa ou interna?.....	20
CAPÍTULO 3	
TEORIA EXTERNA.....	25
3.1 A teoria interna versus a teoria externa - comunitarismo versus liberalismo.....	27
3.2 A teoria dos princípios de Robert Alexy.....	34

3.2.1 As normas jurídicas: regras e princípios	34
3.2.2 A máxima da proporcionalidade.....	41
3.3.3 Teoria dos princípios: uma teoria dos valores?	42
3.3.4 As restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios	44
CAPÍTULO 4	
O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	46
4.1 Conceituação de suporte fático.....	51
4.1.1 O suporte fático dos direitos fundamentais na visão de J.J. Gomes Canotilho	51
4.1.2 Âmbito de proteção e suporte fático dos direitos fundamentais.....	53
4.2 Suporte fático restrito dos direitos fundamentais.....	57
4.3 Suporte fático amplo dos direitos fundamentais	63
CAPÍTULO 5	
A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER	68
5.1 Influência da tópica.....	69
5.2 Crítica à tentativa de busca por uma pureza objetiva da norma e às concepções tradicionais acerca desta.....	72
5.3 Análise jurisprudencial sobre decisões da Corte Constitucional alemã	77
5.4 A originalidade da proposta de Müller	79
5.5 A teoria da norma de Friedrich Müller como uma teoria interna e restritiva do suporte fático dos direitos fundamentais	83
CAPÍTULO 6	
O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS LIMITES DOS LIMITES COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DE SEU CONTEÚDO.....	88
6.1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais: dimensões objetiva e subjetiva.....	89
6.2 A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais ...	94
6.2.1 A proteção aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.....	94
6.2.2 Os limites dos limites.....	101

6.2.2.1 As concepções relativas e absolutas acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	105
6.3 A teoria dos princípios de Robert Alexy e a teoria da norma de Friedrich Müller: uma tentativa de conciliação com vistas à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais	115
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS	125

APRESENTAÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil se insere no paradigma do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, em decorrência disso, ocupam agora uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, sendo considerados atualmente como centrais no sistema constitucional. Devido a esse novo papel de destaque, os direitos fundamentais passam a exigir um estudo mais atento por parte não só dos estudiosos como também por parte dos membros dos órgãos responsáveis por sua concretização. A hermenêutica constitucional passa a se preocupar com a dinâmica desses direitos, de forma a dar-lhes a maior eficácia possível e a impedir quaisquer formas de desvirtuamento no conteúdo dos mesmos.

Para que a hermenêutica constitucional desempenhe tal função ao mesmo tempo protetiva e otimizadora dos direitos fundamentais, é preciso que haja uma atenção especial a um tema sensível a eles: as limitações ao seu conteúdo. Como é impossível conceber que os direitos fundamentais sejam absolutos e ilimitados, em decorrência dos diversos interesses fático-jurídicos conflitantes, saber como se dá o processo de limitação a que esses direitos estão submetidos é tarefa de suma importância para garantir que os mesmos não sejam amesquinados em face de casuísmos e contingências. A atividade de limitação aos direitos fundamentais deve se dar de forma a que não sejam deturpados ou diminuídos.

Assim, com o intuito de compreender como se dá o processo de limitação aos direitos fundamentais, bem como com vistas à identificação dos contornos a que tais limitações devem se submeter, o presente trabalho visa apresentar as teorias que dão suporte e legitimação para que os direitos fundamentais sejam delimitados com base em fundamentos justificados constitucionalmente. A her-

menêutica constitucional deve estabelecer critérios para a atividade de limitação às normas jusfundamentais e um desses critérios consiste na garantia de que elas, quando eventualmente sofrerem limitações, preservem o seu conteúdo essencial. Existem, pois, limites à própria atividade de limitação dos mencionados direitos, como prescreve a ideia dos *limites dos limites*. Este livro visa identificar quais são esses limites à atividade de limitação aos direitos fundamentais, bem como entender no que consiste um núcleo essencial jusfundamental apto a instrumentalizar a garantia dos *limites dos limites*.

Para empreender essa tarefa de identificar os limites a que o conteúdo dos direitos fundamentais está sujeito, faz-se um apanhado das principais teorias acerca das possibilidades de limitação a esses direitos. Apresenta-se, inicialmente, a *teoria interna*, segundo a qual os limites dos direitos fundamentais estão definidos *a priori* por eles mesmos, ou seja, tais limites devem ser buscados em seu próprio conteúdo, prescindindo, para tanto, de recorrer a ponderações com outros direitos fundamentais. Após uma exposição geral acerca da *teoria interna*, elencam-se os principais argumentos utilizados pelos defensores da *teoria externa*, para a qual (ao contrário do que é defendido pelos adeptos da teoria interna) o conteúdo bem como os limites de um dado direito fundamental devem ser encontrados por meio do auxílio dos sopesamentos entre esse direito com outros com os quais eventualmente colida em face de um determinado caso concreto.

Feita essa exposição inicial, apresentam-se os argumentos utilizados pelos dois maiores expoentes tanto da *teoria externa* quanto da *teoria interna*, quais sejam, os alemães Robert Alexy e Friedrich Müller, respectivamente, mediante a explicitação das teses desses autores alemães acerca da perspectiva interna e externa.

Quando se fala em conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a doutrina tende logo a contrapor as perspectivas internas, para as quais o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é sempre absoluto, e as perspectivas externas, para as quais o conteúdo essencial das normas jusfundamentais possui caráter relativo. A doutrina, em face disso, estabelece uma dicotomia e uma separação entre tais perspectivas. Diante disso, os autores que escrevem acerca das limitações aos direitos fundamentais e acerca do conteúdo essencial deles tendem a fazer uma opção entre uma teoria ou outra, de modo que os defensores de uma abandonam e rechaçam, muitas vezes por completo, a outra perspectiva.

O presente trabalho busca superar essa dicotomia, pois, por meio de uma conciliação entre aspectos centrais das teorias de Robert Alexy (defensor da perspectiva externa) e Friedrich Müller (defensor, por sua vez, da visão interna), procura-se aqui uma possibilidade de coexistência entre ambas as perspectivas, de modo a defender que a teoria dos *limites dos limites* só se mostra aplicável em se conciliando as teses do conteúdo relativo e absoluto dos direitos fundamentais, bem como das teorias externas e internas. O ponto central do livro, portanto,

reside no abandono da separação estabelecida entre conteúdo absoluto e conteúdo relativo dos direitos fundamentais (dicotomia até então feita pela doutrina), de modo a corroborar a coexistência de ambas as perspectivas em prol de uma maior proteção e defesa dessas normas centrais de nosso ordenamento jurídico, quais sejam, os direitos fundamentais.

O presente livro é fruto do trabalho de dissertação desenvolvido no programa de Pós-Graduação em Hermenêutica Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais, para obtenção do grau de mestre, com algumas modificações.

O AUTOR

