

O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NÚCLEO RESISTENTE À PONDERAÇÃO

THE ESSENTIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A CORE RESISTANT TO WEIGHTING

Airton Amilcar Machado Momo *

RESUMO

Os direitos fundamentais, expressão máxima da ordem de valores estabelecida pela Constituição, são trunfos políticos dos indivíduos face ao Estado. Enquanto direitos subjetivos de defesa, voltados à tutela da liberdade do indivíduo contra a interferência indevida do poder estatal, são dotados de proteção especial, na qual se resguarda um conteúdo insuscetível de supressão. Por meio da presente pesquisa, pretende-se analisar o que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, elemento indispensável ao respeito da dignidade humana, que não pode ser violado ou diminuído, e como a jurisprudência atua quando chamada à realização de interferências (limitações), partindo de uma análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF). Ao final, tentar-se-á identificar se essas limitações, realizadas por meio da técnica de ponderação, podem atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e esvaziar o conteúdo normativo da disposição que o assegura ou, ao contrário, se a própria definição da existência desses direitos ganha significado através das operações de balanceamento.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Núcleo Essencial. Dignidade Humana. Parâmetros de Ponderação. Tribunal Constitucional Federal Alemão.

ABSTRACT

Fundamental rights, the ultimate expression of the order of values established by the Constitution, are the political trump cards of individuals vis-à-vis the state. As subjective rights of defense, aimed at safeguarding the freedom of the individual against undue interference by state power, they are endowed with special protection in which an unsusceptible content of suppression is safeguarded. Through this research, we intend to analyze what is the essential core of fundamental rights, an indispensable element for the respect of human dignity, which cannot be violated or diminished, and how jurisprudence acts when it is called for interferences (limitations), by starting from an analysis of the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court (TCF). In the end, it will be tried to identify if these limitations,

*Mestrando em Direito, com especialidade em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça em Tocantins.

that are realized through the weighting technique, can reach the essential core of fundamental rights and empty the normative content of the provision that guarantees it or, on the contrary, if the very definition of existence of these rights gains meaning through balancing operations.

Key-Words: Fundamental Rights. Essential Core. Human Dignity. Weighting Parameters. German Federal Constitutional Court.

1. INTRODUÇÃO

A estrutura básica de todas as Constituições destina-se, primordialmente, a regular a organização estatal e assegurar os direitos fundamentais. Assim é o panorama da Lei Fundamental da Alemanha e das ordens jurídicas influenciadas pela doutrina e jurisprudência germânicas, dentre as quais se insere a Constituição da República Portuguesa, onde a garantia dos direitos e liberdades fundamentais foi positivada como tarefa primeira e fundamento do Estado de Direito Democrático². Os direitos fundamentais, expressão máxima da ordem de valores estabelecida pela Constituição, vinculam o exercício das competências públicas à concreção dessa pauta de direitos³, impondo às autoridades do Estado, em todas as suas manifestações, a obrigação de respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana⁴.

A liberdade individual assegurada nos direitos fundamentais – pressuposto da vida com dignidade – contudo, deve ser interpretada em conjunto com os demais direitos assegurados na Constituição⁵, e, não raro, o conteúdo e a extensão dessa liberdade não estão delimitados no texto constitucional de forma precisa, que permita a ampla fruição no contexto da vida em comunidade. Nessa hipótese deve o

² Conferir artigos 9º, b, e 2º da CRP.

³ Cf. artigo 18º, 1. CRP; norma semelhante no artigo 1, (3) GG. A esse respeito afirma Konrad Hesse: “a Constituição é entendida como unidade material. Seus conteúdos são freqüentemente, sobretudo na jurisprudência mais antiga, qualificados de valores fundamentais, situados antes da ordem jurídica positiva que, sob a absorção das tradições da democracia parlamentar liberal-representativa do estado de direito liberal e do estado federal, assim como sob o acréscimo de novos princípios, nomeadamente do estado social nas decisões do constituinte se uniram em uma “ordem de valores” e constituem um Estado que é ideologicamente neutro mas não neutro em valores”. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 27). Ainda, sobre o caráter vinculativo dos direitos fundamentais, SCHÖLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo W. Sarlet. *Interesse Público*, São Paulo (Notadez), a. 1, n. 2, p. 94-97, 1999. Para Jorge Reis Novais, “Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores na qual o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais ocupam posição essencial.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 21).

⁴ A vinculação das competências públicas à dignidade humana, vide *BVerfGE* 45, 187 (226): “Der Staatsgewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen die Verpflichtung auferlegt, die Würde des Menschen zu achten und sie zu schützen.”. Para Günter Dürig, o valor moral da dignidade humana foi incorporada ao ordenamento constitucional e é um imperativo jurídico positivo. “Durch die Übernahme des sittlichen Wertes der Menschenwürde in das positive Verfassungswerk ist er (gerade vom Standpunkt des positiven Rechts aus) gleichzeitig Rechtswert geworden, so daß seine (anerkannt schwie rige, weil noch ungewohnte) rechtliche Erfassung positivrechtliches Gebot ist.” (DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 81 (N.F. 42), n. 2, p. 117, 1956. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44303797>. Acesso em: 08 mar. 2019).

⁵ Não há liberdade isolada, apenas na vida social, conferir *BVerfGE* 4, 7 (15-16) “Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG. Dies heißt aber: der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.” No mesmo sentido *BVerfGE* 33, 303 (334).

legislador, árbitro dos interesses sociais e individuais legitimado democraticamente⁶, determinar da forma mais clara⁷ e menos interferente possível⁸ os limites para o exercício de tais direitos.

O mesmo rigor é demandado dos tribunais quando da solução dos conflitos resultantes das interferências na esfera jurídica individual – conflitos esses que, segundo Waldron, configuram a principal característica das sociedades contemporâneas⁹. Apenas um rigoroso raciocínio que permita aferir a racionalidade das escolhas feitas pelo julgador é capaz de afastar os artifícios retóricos e de oportunidade política, e assim reduzir o risco de arbitrariedade¹⁰.

Neste cenário, onde o alargado catálogo de direitos fundamentais aparentemente esbarra e precisa coexistir com a imposição de limites – e a força normativa da Constituição impõe o dever de máxima concreção dos direitos por ela assegurados¹¹ – a proporcionalidade é comumente empregada nos tribunais constitucionais como recurso analítico para harmonizar as colisões de bens, interesses ou valores¹².

Esse recurso ou instrumento de análise que objetiva a racionalização e clareza das decisões sobre os conflitos entre direitos fundamentais, contudo, não está livre de críticas. Embora a metódica da proporcionalidade goze de elevado prestígio – sendo considerada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão como resultante da própria essência dos direitos fundamentais e expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado¹³ – não faltam críticas que denunciam a incoerência da identificação que se faz entre norma e valor, própria dos juízos ponderativos. Este equívoco, segundo Habermas, sinaliza uma “auto-compreensão metodológica falsa do controle da constitucionalidade”, na medida em que a estrutura deontológica das normas e princípios impõe, de forma absoluta, uma obrigação incondicional e universal que expressa uma “pretensão de validade

6 O legislador, em contraste com o executivo e o judiciário, o possui ampla margem de escolha dos objetivos sociais e está vinculado apenas à ordem constitucional, neste sentido *BVerfGE* 141, 1 (22) “...der Gesetzgeber im Unterschied zu Exekutive und Judikative gemäß Art. 20 Abs. 3 GG nur an die verfassungsmäßige Ordnung...”; sobre as cautelas que devem ter os tribunais constitucionais na aferição das escolhas feitas pelo legislador democrático, conferir HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Reimpr. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 44-46.

7 A clareza da disposição legislativa como atributo da segurança jurídica, vide *BVerfGE* 9, 137 (147): “Das Prinzip des Rechtsstaates fordert, daß die Verwaltung in den Rechtskreis des Einzelnen nur eingreifen darf, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt wird, und daß diese Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so daß die Eingriffe meßbar und in gewissem Umfange für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden.”

8 Sobre interferência mínima e proporcionalidade que vinculam o legislador, conferir *BVerfGE* 17, 306 (313-314) e *BVerfGE* 19, 342 (348).

9 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 246.; Conferir também *BVerfGE* 7, 198 (208), onde, ao fazer uma alusão à liberdade de expressão, o tribunal afirma que o constante conflito intelectual e a luta de opiniões que ela permite constituem o elemento vital de uma ordem estatal livre e democrática, “Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist...”

10 Cf. *BVerfGE* 34, 269 (287) onde refere que a argumentação racional dos atos judiciais evita a arbitrariedade: “Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen.” Vide sobre a matéria PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante el Legislador*. 4. ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colômbia, 2014. p. 56-58.

11 A interpretação constitucional como concreção, vide HESSE, 1998, p. 61-70.

12 Neste sentido CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 75-84, 531-549 e 678-694. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 36-37; 248 et seq.

13 Conforme *BVerfGE* 19, 342 (348-349), Na República Federal da Alemanha, o princípio da proporcionalidade tem classificação constitucional. Ele se rende ao princípio do estado de direito e, em essência, à própria natureza dos direitos fundamentais, que, como expressão do direito geral do cidadão à liberdade, só podem ser restringidos pela autoridade pública na medida do indispensável para a proteção dos interesses públicos.

binária” (válida ou inválida), objetivando estabilizar expectativas gerais de conduta, enquanto os valores formam “configurações flexíveis e repletas de tensões” que concorrem para obter a primazia por meio do reconhecimento intersubjetivo.¹⁴ Inobstante essas considerações, o princípio da proporcionalidade segue firme, sendo considerado por parte expressiva da doutrina e da jurisprudência¹⁵ como parâmetro mais adequado para o enfrentamento dos casos difíceis em que a liberdade geral de ação deve ser restringida.

O objetivo do presente trabalho é analisar, a partir de referencial bibliográfico e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), se o alcance destas interferências (limitações) concretizadas pelo emprego da proporcionalidade pode atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, desta forma, esvaziar o conteúdo normativo da disposição que o assegura ou, ao contrário, se a própria definição da existência desses direitos é estabelecida, identificada, e ganha significado no decorrer das operações de balanceamento.

Para tanto, a abordagem realizada no primeiro capítulo procura identificar a posição jurídica que ocupa o indivíduo frente ao Estado e a ideia de liberdade, discorrendo sobre liberdade natural, liberdade regulada e liberdade relacional, como pressuposto da autonomia.

O segundo capítulo refere o papel desempenhado pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais no regramento constitucional alemão e português, suas principais características e a vinculação do Estado de Direito aos valores constitucionais.

O terceiro capítulo discorre sobre as dimensões objetivas e subjetivas da proteção conferida pelos direitos fundamentais, em especial as referentes aos direitos de defesa ou de liberdade. Aspectos relativos ao fenômeno de irradiação dos direitos fundamentais para outras esferas, seus reflexos nas relações entre particulares, graus de exigibilidade dos direitos prestacionais e a função institucional (Häberle), em que pese a relevância dos assuntos, não serão analisados diante da amplitude mostrar-se incompatível com o presente trabalho.

O quarto capítulo versa sobre a teoria absoluta – que considera não limitáveis os direitos fundamentais – e a variante teoria mista, que admite a existência de um conteúdo nuclear intangível em cada direito fundamental e um espaço periférico restringível, suscetível ao emprego do método da proporcionalidade.

O quinto e último capítulo apresenta os aspectos mais relevantes da teoria relativa, na vertente desenvolvida pela teoria dos princípios de Alexy, a qual distingue posição *prima facie* e posição definitiva dos direitos fundamentais, esta

¹⁴ Cf. Jürgen Habermas, onde o autor chega a afirmar que “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenheichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 258; 316-317; e 321).

¹⁵ *BVerfGE* 7, 377 (410-411) inaugura na jurisprudência a ideia de subdivisão da proporcionalidade mediante a análise fragmentada em etapas com resultados provisórios, conhecida como *Stufentheorie*. Conferir também *BVerfGE* 13, 97 (104-105) em especial onde afirma que a “teoria dos degraus” desenvolvida na decisão das farmácias é o resultado da aplicação estrita do princípio da proporcionalidade nas intervenções da liberdade de ocupação oferecidas pelo bem comum, estabelecendo que tais intervenções são justificadas apenas no “estágio” em que implica a menor restrição à liberdade ocupacional do indivíduo: “Das Bundesverfassungsgericht hat im Apotheken-Urteil (BVerfGE 7, 377) die Grundsätze dargelegt, von denen es bei der Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG ausgeht... Die dort entwickelte “Stufentheorie” ist das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit... es ergibt sich ferner der Grundsatz, daß Eingriffe jeweils nur auf der “Stufe” gerechtfertigt sind, die die geringste Beschränkung der Berufsfreiheit des Einzelnen mit sich bringt.” Conferir sobre o tema, CANAS, 2017, p. 78-80.

última alcançada apenas após o percurso das operações de ponderação. Todo e qualquer direito, portanto, seria limitável tendo como fronteira apenas a verificação do correto emprego das etapas em que se decompõe o juízo de proporcionalidade e suas implicações na regra constitucional de proibição de vulneração do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por fim, a conclusão busca sintetizar o desenvolvimento realizado nos capítulos anteriores mediante a análise da função desempenhada pela garantia núcleo essencial dos direitos fundamentais e alguns reflexos dessas teorias em decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF). Observa-se uma aparente incongruência onde o TCF declara a essencialidade dos direitos fundamentais, mas, em contrapartida, utiliza métodos próprios da teoria relativa ponderando princípios contrapostos com amplo alcance. Nota-se que o TCF afirma expressamente a existência de um âmbito essencial dos direitos fundamentais, intangível à intervenção do Estado, mas a análise da extensão deste conteúdo – primordial para definir se as afetações são justificadas ou injustificadas – se dá mediante o emprego da proporcionalidade.

1.1 A POSIÇÃO JURÍDICA DO INDIVÍDUO FRENTE AO ESTADO – A IDEIA DE LIBERDADE

1.1.1 LIBERDADE E ESFERA POLÍTICA

Direito, liberdade, intervenção e limite: a relação que se estabelece entre o poder de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual e os limites de conformação desta mesma liberdade, se é que existem e em que medida, constituem o ponto de inflexão da teoria do Direito e a essência do Direito político¹⁶, a partir do que é possível aferir a legitimidade do ordenamento e das práticas nele fundadas. Se reconhecemos que os direitos fundamentais assegurados na ordem constitucional constituem verdadeiras trincheiras, direitos de resistência do indivíduo contra a prerrogativa que possui o Estado de conformar e restringir sua liberdade¹⁷, o problema da amplitude possível de liberdade no âmbito do Estado, do dever de obediência e dos limites da coação estatal assumem o papel central da esfera política e do Direito Constitucional¹⁸.

16 HÁBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dyckinson, 2003. p. 2-3. Para Konrad Hesse, essa unidade política, contudo, não significa a produção de um estado harmônico de concordância geral e na eliminação dos conflitos de interesses. Se a convivência humana somente pode ser compreendida no Estado e através do Estado, também certo que somente por meio de uma cooperação consciente e organizada pode surgir a unidade política, resultado de um permanente processo de formação onde os conflitos e os esforços realizados para solucioná-los constituem a força motriz das mudanças históricas. (HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2.ª ed. Trad. de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 7-14).

17 Reconhece o Tribunal Constitucional Federal Alemão que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito como uma fundamental decisão constitucional. *BVerfGE* 7, 198 (198 e 204)

18 Sobre o tema, onde consta: “The greatest of these is the open war that is being fought between two systems of ideas which return different and conflicting answers to what has long been the central question of politics - the question of obedience and coercion. ‘Why should I (or anyone) obey anyone else?’ ‘Why should I not live as I like?’ ‘Must I obey?’ ‘If I disobey, may I be coerced?’ ‘By whom, and to what degree, and in the name of what, and for the sake of what?’ ‘Upon the answers to the question of the permissible limits of coercion opposed views are held in the world today, each claiming the allegiance of very large numbers of men.” (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In HARDY, Henry (Ed.). *Liberty: Incorporating ‘Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002. pp. 168).

1.2 LIBERDADE NATURAL

A liberdade pode ser vista sob diferentes perspectivas. A liberdade natural representa um estado no qual o homem não está sujeito à coerção arbitrária de outro e pode determinar suas ações de acordo com sua própria vontade. É livre, segundo Hobbes¹⁹, aquele que, nas coisas que por sua capacidade e inteligência é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que deseja. O estado de natureza é um estado de igualdade, com igual poder e jurisdição entre as pessoas, onde cada qual é soberana sobre si mesma e que bastaria para o governo dos homens, não fosse a corrupção e a brutalidade das pessoas degeneradas²⁰. O exercício da liberdade natural, ainda assim, relaciona-se com ações racionais e traz consigo tanto o ônus das escolhas realizadas quanto a atribuição de responsabilidades, é uma liberdade orientada pela razão.

Essa é uma dimensão de liberdade da qual decorre o direito de resistir àquelas interferências consideradas injustas que só pode ser encontrada no estado natural de não submissão a uma ordem, ainda na visão de Hobbes, vez que priva o soberano dos instrumentos para a proteção de todos, revelando-se destrutiva à essência do Estado. É a noção de liberdade individual que pressupõe a existência de uma esfera privada intangível onde os outros não podem interferir e que todo homem deveria ter na ausência de leis civis e do Estado, mas cuja outorga se afigura incompatível com o poder soberano²¹.

1.3 LIBERDADE REGULADA

Percebeu-se, no entanto, que a liberdade natural ilimitada permitiria uma interferência também ilimitada na esfera de liberdade do outro e conduziria ao permanente conflito, pois os objetivos dos homens são distintos e nestas condições a liberdade dos fracos seria suprimida pela liberdade dos fortes. Ao renunciarem a parcelas dessa liberdade e aceitarem a limitação por meio de leis, possibilitam os homens a criação de uma forma associativa estável voltada para a consecução

19 Cf. Thomas Hobbes segundo o qual: "A freeman is he that, in those things which by his strength and wit he is able to do, is not hindered to do what he has a will to"; ou ainda, "To resist the sword of the Commonwealth in defence of another man, guilty or innocent, no man hath liberty; because such liberty takes away from the sovereign the means of protecting us, and is therefore destructive of the very essence of government." (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Cap. 21. p.108 e 113; 146 e 154.

20 Cf. RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Trad. Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós Ediciones, 2009. p. 157, acerca das ideias de Locke sobre a liberdade natural.

21 Carl Schmitt confere a Hobbes a posição de antepassado espiritual do Estado de direito e constitucional burguês concebido muito mais tarde, na medida em que promove a dessacralização da autoridade ao conceber o direito como um mando legal – um mecanismo movido por motivações coercitivas de tipo psicológica. Com isso, fulmina de morte as concepções medievais de um direito divino dos reis e abre portas para as novas teorias políticas subsequentes. (SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. México: Fontamara, 2008. p. 144-145). Vide também Friedrich A. Hayek, o qual refere a liberdade individual ou natural como a existência de esferas de não interferência, distinguindo-a das "liberdades", estas de conotação social. (HAYECK, Friedrich A. *A constituição da liberdade*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018. pp. 36-37). Por fim, relevantes as observações de Thomas Hobbes quando afirma ser a liberdade natural a única possível, pois tal liberdade jamais poderia ser oposta ao Estado: "The liberty whereof there is so frequent and honourable mention in the histories and philosophy of the ancient Greeks and Romans, and in the writings and discourse of those that from them have received all their learning in the politics, is not the liberty of particular men, but the liberty of the Commonwealth: which is the same with that which every man then should have, if there were no civil laws nor Commonwealth at all." (HOBBS, 2014, Cap. 21, p. 110; 149).

ção de objetivos comuns a todos²². Com isso a liberdade “no Estado”²³ é sempre regulada. Rawls, recuperando a concepção normativa delineada por Montesquieu, define a liberdade a partir de limitações impostas pelas regras constitucionais e legais, significando poder fazer o que não é proibido. A liberdade, para ele, é uma “estrutura institucional” ou um sistema de regras públicas que definem direitos e deveres e em que a limitação de tal liberdade só encontraria justificativa quando necessária à própria liberdade, para evitar uma restrição à liberdade ainda pior²⁴.

1.4 LIBERDADE ENQUANTO FUNDAMENTO DA AUTONOMIA E PRESSUPOSTO DA DIGNIDADE DO HOMEM.

Em Kant, a liberdade é relacional. É elemento constitutivo do ser moral, e suporte da ideia de responsabilidade. No edifício ético construído por Kant, a liberdade é a principal característica de “pessoa”, deriva da razão, importa em autonomia na esfera política e é atributo inerente do indivíduo dotado de entendimento, responsabilidade e capacidade para a tomada e decisões²⁵.

Trilhando esse caminho, Häberle vê a liberdade como elemento da integração associativa, ou ainda o pressuposto do ser político²⁶.

22 Sobre o papel protetivo da regulação conferir Isaiah Berlin: “They disagreed about how wide the area could or should be. They supposed that it could not, as things were, be unlimited, because if it were, it would entail a state in which all men could boundlessly interfere with all other men; and this kind of ‘natural’ freedom would lead to social chaos in which men’s minimum needs would not be satisfied; or else the liberties of the weak would be suppressed by the strong. Because they perceived that human purposes and activities do not automatically harmonise with one another, and because (whatever their official doctrines) they put high value on other goals, such as justice, or happiness, or culture, or security, or varying degrees of equality, they were prepared to curtail freedom in the interests of other values and, indeed, of freedom itself. For, without this, it was impossible to create the kind of association that they thought desirable. Consequently, it is assumed by these thinkers that the area of men’s free action must be limited by law”. (BERLIN, 2002, p. 170-171).

23 Friedrich Müller afirma que “A realidade desautoriza falar de uma liberdade «pré»-estatal do indivíduo, independente da ação do Estado.” (MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Taravilla, n. 7, p. 317, 2003.). Conferir ainda Horst Dreier, onde afirma que a liberdade não é ilimitada nem mesmo num Estado de Direito Democrático e que a autodeterminação política está sujeita a limites constitucionais, dentre outros os previstos nos artigos 9 II, 18 e 21 II (GG). (DREIER, Horst. Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat. *JuristenZeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 741., aug. 1994.)

24 Montesquieu, em que afirma: “Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode existir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer... A liberdade é o direito de poder fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder.” (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167). Cf. ainda John Rawls e a ideia de liberdade regulada nos estritos limites da necessidade. A proteção contra interferências desnecessárias também foi sufragada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que a relaciona como pressuposto do direito geral de liberdade e do Estado de direito, *BVerfGE* 17, 306 (313-314). (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2017. p. 168 e 177.

25 A pessoa enquanto ser moral definida por Immanuel Kant, a qual não pode ser valorada meramente como um meio para atingir finalidades alheias ou mesmo próprias, mas como um fim em si mesma, dotada de dignidade que exige o respeito de todos os outros seres racionais do mundo. Assim, a humanidade de um, em sua conseqüente liberdade, impõe a exigência de reconhecimento da humanidade de todos, em razão de igualdade. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*: a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Trad. Edson Bini. Baurio: Edipro, 2003. p. 19-55). Conferir também Hans Kelsen, para quem “somente porque o homem é livre é que o podemos fazer responsável por sua conduta.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 104). Uma análise mais acurada acerca da ideia de liberdade em Kant pode ser encontrada em Joaquim Carlos Salgado, onde relaciona a liberdade com vontade e autonomia, lugar central do pensamento kantiano. (SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*: seus fundamentos na liberdade e na igualdade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 149-182). Importante, ainda, Isaiah Berlin, no qual registra que a autonomia e a liberdade no pensamento Kant decorrem da possibilidade de autoimposição da lei. É livre quem obedece a lei que escolheu: “I am free because, and in so far as, I am autonomous. I obey laws, but I have imposed them on, or found them in, my own uncoerced self. Freedom is obedience, but, in Rousseau’s words, ‘obedience to a law which we prescribe to ourselves’, and no man can enslave himself.” (BERLIN, op. cit., p. 183).

26 Conforme Peter Häberle, a liberdade de opinião, consciência, reunião, associação, voto, etc. são fundamentais para existência do cidadão político do qual depende a democracia, e que apenas alguém que tenha assegurado seus direitos fundamentais pode exigir responsabilidade dos governantes. (HÄBERLE, 2003, p. 20).

Fruto das concepções antes expostas, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão relaciona a autodeterminação responsável e liberdade regulada à dignidade humana. Reconhece que a autoridade do Estado, em todas as suas manifestações, tem a obrigação de respeitar e proteger a dignidade humana, inerente à ideia de homem enquanto ser espiritual-moral e projetado para se autodeterminar e desenvolver livremente. Essa liberdade, contudo, não é a de um indivíduo isolado e autocrático, mas de um indivíduo vinculado à comunidade que deve se submeter às limitações impostas pelo legislador e necessárias à convivência social, desde que razoavelmente exigíveis e preservada a autonomia²⁷.

Só o indivíduo dotado de liberdade é capaz de impor a si próprio e internalizar um conjunto de regras, de modo a consentir que eventuais divergências envolvendo seus interesses sejam solucionadas por um mediador que encarna este “eu social” e é representado pelo Direito²⁸.

O rápido passeio sobre os variados aspectos da ideia de liberdade mostra-se necessário para o estudo acerca da existência ou não de um núcleo de direitos intangível aos instrumentos de harmonização e ponderação. Os conceitos de natureza humana e liberdade tecidos pela filosofia política guardam íntima relação com o Direito. Foram e são comumente o combustível de importantes movimentos que resultam em alterações sociais significativas, desde revoluções sangrentas como a de 1789 – que inaugurou a nova concepção de Estado pautada na ideia de nação/soberania popular/liberdade/império da lei – até a superação de uma racionalidade meramente individual em prol de uma racionalidade social, onde a pretensão individual de liberdade não pode ser incompatível com a pretensão de liberdade do outro²⁹.

É neste campo – a última reserva – que em geral operam as intervenções legislativas de caráter restritivo e as decisões judiciais que buscam solucionar as colisões entre direitos fundamentais, as quais comumente ingressam em uma esfera crítica de limitação das liberdades e despertam questionamentos quanto à extensão e legitimidade da ação estatal.

²⁷ Sobre o dever que tem o indivíduo de suportar os obstáculos à sua liberdade de ação – impostos pelo legislador objetivando a manutenção e promoção da coexistência social – conferir *BVerfGE* 45, 187 (227-228): “Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht;”

²⁸ Conferir ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 71. O autor afirma que apenas indivíduos que se reconhecem entre si como associados tendem a colaborar para o respeito recíproco de suas liberdades e aceitar a intervenção de uma consciência superior que seja o reflexo e represente a sua união e que é expressa pelo Direito. Conferir também Herbert L. A. Hart, segundo o qual o poder coercitivo do Direito e do governo não pode estabelecer-se apenas pela força, sem contar com a cooperação voluntária de uma maioria de indivíduos que aceite o sistema de regras e lhe confira “autoridade”. (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. p. 217).

²⁹ Cf. Isaiah Berlin, que refere a construção de uma racionalidade social a partir do conflito entre liberdades individuais: “My claim to unfettered freedom can prima facie at times not be reconciled with your equally unqualified claim; but the rational solution of one problem cannot collide with the equally true solution of another, for two truths cannot logically be incompatible; therefore a just order must in principle be discoverable - an order of which the rules make possible correct solutions to all possible problems that could arise in it.” (BERLIN, op. cit., p. 192). Conferir ainda Klaus Stern, que afirma ser a comunidade representada pelo Estado e este, ao desenvolver o implemento dos direitos fundamentais, precisa atender também aos interesses comunitários que assumiu. (STERN, Klaus. El sistema de los Derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, n. 1, p. 272, sep./dic. 1988).

Então, questiona-se, poderia o Estado na consecução dos objetivos sociais a que se propõe conformar direitos fundamentais e as liberdades que deles decorrem até o ponto de inviabilizar a oportunidade de exercício por seus titulares, reduzindo, dessa forma, a eficácia prática e o caráter de normatividade do direito regulado?

Investigar se os direitos fundamentais de defesa e liberdade possuem uma medida em si, imanente³⁰, assegurada de forma prévia e absoluta capaz de ser aferida independentemente e por métodos tradicionais de hermenêutica, ou se medida de um direito fundamental é justamente o resultado das operações de ponderação com os demais direitos assegurados na Constituição, é o que se pretende a seguir.

2. O PAPEL DESEMPENHADO PELO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL

Embora o Estado tenha por característica a possibilidade do emprego legítimo da violência, que o autoriza a promover uma intervenção crítica na esfera individual para conformar as vontades ao modelo de comportamento socialmente esperado³¹, o desenvolvimento histórico e cultural do ocidente culminou, em contrapartida, por construir um modelo de Estado constitucional vinculado uma pauta material de valores expressa pela dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, no qual não há espaço para a arbitrariedade³².

É próprio das sociedades abertas e plurais a ideia de que no processo de constituição do Estado nem toda a liberdade foi alienada. Os indivíduos reservaram para si trunfos políticos³³ que se materializam em direitos fundamentais dotados de uma proteção especial, na qual é resguardado um conteúdo insuscetível de supressão, assegurando a todos o que Tribunal Constitucional Federal Alemão denominou de “âmbito nuclear totalmente protegido”³⁴.

³⁰ Sobre o caráter imanente dos direitos fundamentais vide HÄBERLE, 2003, p. 51-58.

³¹ Conferir a definição de Estado, “O Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. (...) A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado — não haja a respeito qualquer dúvida —, mas é seu instrumento específico.” (WEBER, Max. *Ciência e Política*: duas vocações. Trad. Leônidas Egenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 57). Sobre o tema também, MOMO, Airton; MOMO, Tânia. Combate à corrupção e validação de provas obtidas por meios ilícitos: balizas éticas da persecução penal no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA FILHO, Ênio (Org.). *O combate à corrupção no Brasil*: novas estratégias de prevenção e enfrentamento. Palmas: ESMAT, 2018, p. 353.

³² NOVAIS, 2017, p. 21 et seq. Ainda HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. 2. ed. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2018. p. 1-5.

³³ Ronald Dworkin, define trunfos políticos como sendo aqueles direitos que, por alguma razão, uma meta coletiva não é justificação suficiente para negar-lhes o que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não justifica suficientemente que se lhes imponha uma perda ou prejuízo. (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. 5. reimpr. Barcelona: Editorial Ariel, 2017. p. 34). Conferir ainda DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153-167, onde o autor faz uma análise mais acurada da necessidade de proteção de determinados direitos de minorias frente aos objetivos políticos da maioria, questionando os limites do argumento utilitarista em uma sociedade plural. Na mesma linha Jorge Reis Novais, o qual estabelece uma relação entre dignidade da pessoa humana e a teoria dos direitos fundamentais como trunfos, os quais configurariam obstáculo à “coisificação” e a “instrumentalização degradante”, pressuposto para a conformação responsável da própria vida com autonomia e liberdade. (NOVAIS, op.cit., p. 43-53).

³⁴ Lothar Michael, indica a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais como decorrência lógica da garantia institucional de proibição da arbitrariedade, referindo o que Tribunal Constitucional Alemão denomina de “âmbito nuclear totalmente protegido”, em nota 18 a referência ao julgado (BVerfGE 109, 279, Ls. 2 - *Escuchas e intromisiones ilegales*). (MICHAEL, Lothar. ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, n. 11, p. 165-188, 2009).

Os direitos fundamentais expressam liberdades ou faculdades jurídicas, e por essa razão possuem um conteúdo ou alcance material definido pelo âmbito normativo, que Hesse³⁵ identifica como “a parte da realidade objeto da garantia” e moldada pela norma. A delimitação deste conteúdo material, no entanto, raramente é realizada na Constituição³⁶. Em geral, a coordenação das condições necessárias à garantia dos direitos fundamentais e essenciais para a vida da coletividade são confiadas ao legislador, a quem é conferida ampla margem de discricionariedade política para interpretar os anseios sociais e a realidade do seu tempo³⁷. Com isso, é tarefa do legislador estabelecer os limites e as condições para a realização material dos direitos fundamentais consagrados na Constituição sempre em máxima medida possível³⁸, respeitado o conteúdo essencial do direito fundamental.

O legislador, no exercício da regulação que limita direitos fundamentais, deve observar os parâmetros previstos na própria Constituição, a exemplo do artigo 19, 1 e 2, GG, onde consta que deve fazê-lo mediante lei geral, que indique expressamente o direito atingido e o artigo correspondente em que está previsto, além ser vedada a violação da essência do direito fundamental. A Constituição Portuguesa parece oferecer ao legislador um caminho mais estreito, vez que, por força do artigo 18.º, n.º 2 e 3, além da imposição do caráter de abstração e generalidade e proibir a diminuição e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucional, exige, ainda, que restrições aos direitos, liberdades e garantias limitem-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Os direitos fundamentais oportunizam as condições para a livre participação e cooperação ativa na comunidade, conferindo, primariamente, uma esfera de proteção da liberdade individual contra invasões indevidas da autoridade do Estado³⁹. São diretamente aplicáveis e vinculam as autoridades públicas, segundo o artigo 1, 3, GG. Na hipótese de violação, a proteção jurídica contra a vulneração desses direitos pelo poder público necessita ser adequada e, na Constituição Alemã, é concretizada pela norma do Art. 19, 4⁴⁰, que garante o recurso à via judicial àqueles que tiverem seus direitos violados pelo poder público.

35 HESSE, 1998, p. 251-257.

36 Podem ser trazidos como exemplos de limites ao direito fundamental impostos pela própria norma constitucional o artigo 9, I e II da GG – onde a liberdade de associação é condicionada à finalidade lícita, estando de plano excluído o direito quando a finalidade das associações sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos – ou também o artigo 8, I, da GG, da qual se abstrai que apenas há liberdade de reunião com fins pacíficos e sem armas, excluídas as violentas. Em sentido semelhante consagra a CRP no artigo 45º, I, o direito de reunião apenas com objetivos pacíficos e sem armas, e, no artigo 46º, I, a livre associação desde que não se destine a promover a violência e os respectivos fins não sejam contrários à lei penal.

37 Cf. Vitalino Canas, onde estabelece distinções entre a metódica da proibição de excesso voltada ao controle judicial e a aplicável na atividade legislativa e afirma, que “o ato de legislar pode ser estimulado por apelos populares mais ou menos difusos; mas normalmente não corresponde a uma simples resposta intuitiva, instintiva ou emocional a tendências populares, implicando escolhas que correspondem a razões decorrentes de juízos morais do legislador.” (CANAS, op. cit., p. 36).

38 Conforme Vitalino Canas, a utilização da metódica da proibição de excesso impede que adote uma norma com efeitos mais extensos do que o necessário para atingir os efeitos positivos desejados ou cujo saldo da operação seja deficitário, mas não vincula o legislador a mandados de otimização no sentido expresso por Alexy. Este último aspecto estaria fora da possibilidade de controle pelo Tribunal Constitucional. (Idem, *ibid.*, p. 1156-1557).

39 Conferir *BVerfGE* 21, 362 (369): “Das Wertsystem der Grundrechte geht von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürlicher Person aus. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern.”

40 A aplicabilidade imediata e vinculação dos poderes aos direitos fundamentais está assegurado no artigo 1, 3, GG. Sobre os instrumentos de que dispõe o indivíduo para a defesa dos direitos fundamentais, conferir *BVerfGE* 35, 382 (401) “Die sich bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende allgemeine Forderung nach einem angemessenen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt wird durch die positive Verfassungsnorm des Art. 19 Abs. 4 GG erfüllt.”

De forma semelhante, o artigo 18.º da Constituição Portuguesa, intitulado como “força jurídica”, prevê que os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis, vinculam a todos, as entidades públicas e privadas, e, na hipótese de se mostrarem necessárias restrições para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, que a lei observe carácter geral e abstrato, sem efeito retroativo, havendo expressa vedação de que a disposição normativa reduza ou diminua a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais⁴¹. Há, também, previsão de uma tutela específica para os direitos, liberdades e garantias pessoais, que deve ser célere e prioritária, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações⁴².

Embora as leis fundamentais portuguesa e alemã possuam previsões normativas similares, Vitalino Canas explica que diferentemente da Constituição alemã, onde o artigo 19, 2, assegura que em nenhum caso um direito fundamental poderá ser violado em sua essência, a norma constitucional Portuguesa dirige a limitação do legislador à redução do alcance e extensão dos preceitos constitucionais e estabelece clara distinção entre o enunciado normativo e o direito por ele garantido⁴³.

3. NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA

Embora possuam diferentes funções e características, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais não podem ser dissociadas em razão de serem correlatas. O indivíduo somente pode postular a defesa de um direito que está estabelecido objetivamente pela ordem jurídica, quer em decorrência de norma explícita que garante a proteção de uma situação concreta, ou abstraído do sistema de valores tutelado pela Constituição. Das normas que limitam o poder e impõem ao Estado deveres de proteção a determinadas esferas jurídicas é que surgem

41 A esse respeito J. J. Canotilho e Vital Moreira afirmam: “O regime próprio dos direitos, liberdade e garantias não proíbe de todo a possibilidade de restrição, por via de lei, do exercício de direitos, liberdades e garantias. Mas submete tais restrições a vários e severos requisitos. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima torna-se necessária a verificação *cumulativa* das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (nº 2, 1ª parte); (b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (nº 2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objetivo (nº 2, 2ª parte); (d) que a restrição não aniquile o direito em causa atingindo o conteúdo essencial do respectivo preceito (nº 3, *in fine*).” (CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 149-150). No mesmo caminho, Paulo Otero afirma que “não há relevância jurídica da soberania popular fora dos quadros definidos pela Constituição” e refere a subordinação do exercício do poder político ao quadro normativo constitucional como forma de “domesticar” o exercício do poder. (OTERO, Paulo. *Direito constitucional português II: organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 123-127). Ou, ainda Aharom Barak, o qual aponta para a essencialidade da dicotomia entre o corpo constituinte – que delimita a natureza fundamental do direito e os mecanismos para a modificação – e o corpo legislativo – que define os meios de realização dos direitos fundamentais – na medida em que confere ao indivíduo ou à minoria um escudo que pode ser usado contra a tirania exercida por uma maioria. (BARAK, Aharom. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017. p. 57).

42 Conferir artigo 20.º, n.º 5, CRP.

43 Vitalino Canas afirma que “um direito ou uma posição jurídica subjetiva podem ser atingidos por uma norma jurídica ou por um ato individual e concreto como uma sentença judicial ou um ato administrativo. Diversamente, um preceito constitucional, com estrutura normativa, só pode ser restringido por um ato com estrutura igualmente normativa.” O ato concreto por cumprir ou descumprir a norma extraída do preceito normativo, mas, por inviabilidade lógico formal, nunca o pode restringir. Afirma que o limite estabelecido na Constituição Portuguesa é mais restritivo que previsto na Constituição Alemã, dirigindo-se às restrições normativas estabelecidas por meio lei. (CANAS, op.cit., p. 496 e 509) Em sentido semelhante vide também ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. João Costa. Lisboa: Escolar Editora, 2014. p. 163 168, sobre a distinção entre norma e proposição normativa.

os direitos do indivíduo à abstenção ou prestação exigível⁴⁴, bem como o acesso eficaz a um sistema de controle sem o qual tais direitos seriam meros programas.

3.1 ASPECTO SUBJETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO “PRIVILÉGIOS”: FUNÇÕES DE DEFESA (DIREITO À ABSTENÇÃO OU NÃO INTERFERÊNCIA)

Os direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa, voltados à assegurar a esfera de liberdade do indivíduo contra a interferência indevida do poder estatal, já encontram expressão na Declaração de Direitos do Homem de 1789, onde consta que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, que as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum e que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem⁴⁵. São direitos clássicos que conferem ao titular uma posição jurídica de “privilégio” contra o Estado. Conforme Hohfeld⁴⁶, privilégio é o oposto de um dever e o correlativo a um “não direito”, confere aos titulares uma vantagem jurídica peculiar que permite exigir uma omissão, ação ou tolerância aos que por via dele ficam obrigados. O que os direitos fundamentais asseguram ao particular em margem de decisão e de atuação em contrapartida é retirado ao Estado objetivamente⁴⁷. Isso significa que os direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva asseguram uma espécie de direito de resistência contra intervenções indevidas no âmbito da liberdade individual.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao proferir o emblemático veredito *Lüth* em 1958 traçou as linhas desse entendimento ao afirmar que os direitos fundamentais visam, acima de tudo, proteger a esfera de liberdade do

44 Neste sentido Bodo Pieroth e Bernhard Schlink: “Assim, de deveres de proteção surgem direitos à proteção, e de critérios de conformação da participação em instituições, em prestações e em procedimentos surgem direitos de participação. Na retrospectiva sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma ‘parteira’ de novos direitos subjetivos.” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 98, livro eletrônico). Na mesma linha Horst Dreier: “Aus den Grundrechten erwachsen also gewissermaßen bestimmte Ansprüche, wobei zusätzlich zu bedenken ist, daß alle subjektiven Berechtigungen auf objektiven Rechtsnormen beruhen: die subjektiven Abwehrrechte des einzelnen sind die Rechtsfolge der objektiven Grundrechtsnormen” (DREIER, Horst. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *JURA:Juristische Ausbildung*. n. 505, p. 506, okt. 1994).

45 Cf. Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789: “Article 1er-Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune. Article 2-Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression.” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Sobre o tema vide Konrad Hesse “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tomam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça. Asseguramento eficaz da liberdade e igualdade do particular toma, por conseguinte, mais além da configuração das ordens objetivas da democracia e do estado de direito, necessária a garantia de direitos subjetivos à liberdade e igualdade.” (HESSE, 1998, p.235).

46 Cf. Wesley Newcomb Hohfeld, o qual refere: “‘A duty or a legal obligation is that which one ought or ought not to do. ‘Duty’ and ‘right’ are correlative terms. When a right is invaded, a duty is violated.” Ensina, ainda, “A ‘liberty’ considered as a legal relation (or ‘right’ in the loose and generic sense of that term) must mean, if it have any definite content at all, precisely the same thing as privilege...”; “As indicated in the above scheme of jural relations, a privilege is the opposite of a duty, and the correlative of a ‘no-right.’”; “...it is not surprising that the English word ‘privilege’ is not infrequently used, even at the present time, in the sense of a special or peculiar legal advantage (whether right, privilege, power or immunity) belonging either to some individual or to some particular class of persons.” (HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, p. 24-38, 1913. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2324&context=yjlj>. Acesso em: 06 mar. 2019).

47 PIEROTH, SCHLINK, 2019, p.114-115, livro eletrônico.

indivíduo contra invasões da autoridade pública; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Este é também o significado dos direitos fundamentais na Lei Fundamental, que, com a precedência da seção dos direitos fundamentais, quis enfatizar o primado do homem e sua dignidade sobre o poder do Estado⁴⁸.

Eles constituem, na lição de Horst Dreier, direitos do cidadão de se defender contra o oponente da liberdade individual, o Estado, sendo uma das poucas doutrinas geralmente aceitas e sempre enfatizada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, que ressalta a defesa subjetiva, o lado negativo ou do dever de abstenção que constitui o centro do sistema de dogmática dos direitos fundamentais e funciona como ponto de referência para todas as expansões das dimensões dos direitos fundamentais. Na função de defesa, os direitos fundamentais protegem um distrito privado do acesso do Estado, permitindo assim a autodeterminação individual e a vida autônoma⁴⁹.

Necessário esclarecer, por fim, que intervenção e violação de um direito fundamental são figuras distintas, já que o fato de serem considerados direitos de defesa não impede que o Estado estabeleça limites para o exercício desses direitos. Os direitos fundamentais não podem ser interpretados de forma simplista, apenas sob a dimensão negativa, como o resultado de uma subtração de todas as proibições estatais⁵⁰, o que se exige é que essa restrição obedeça limites formais de competência e também limites materiais ou substanciais que acabam por ser sinônimos da proteção do núcleo essencial, na medida em que a proteção deste núcleo diz diretamente com a preservação de posições jurídicas subjetivas, tendo em conta os titulares dos direitos constitucionalmente reconhecidos⁵¹.

48 Neste sentido *BVerfGE* 7, 198 (204-205): “Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.” A importância do julgamento Lüth é amplamente reconhecida e Robert Alexy chega a afirmar que o julgamento estabeleceu as seguintes premissas para os julgamentos posteriores do Tribunal Constitucional Federal Alemão: a primeira ideia básica da decisão de Lüth é que os direitos constitucionais têm não só o carácter de regras, mas também o carácter de princípios. A segunda ideia, intimamente ligada à primeira, é que os valores ou princípios encontrados nos direitos constitucionais se aplicam não só à relação entre o cidadão e o Estado, mas, muito além disso, “a todas as áreas do direito”. Graças à isso, em um aspecto objetivo, criou um “efeito irradiante” dos direitos constitucionais sobre todos os âmbitos do Sistema legal. Os direitos constitucionais tornam-se omnipresentes. A terceira ideia está implícita na estrutura de valores e princípios que tendem a colidir e que só podem ser resolvidas com equilíbrio. A lição da decisão de Lüth que é mais importante para o trabalho jurídico cotidiano é a de que um equilíbrio de interesses torna-se necessário. (ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 113, jun. 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019).

49 Horst Dreier: “Daß Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den als Widerpart individueller Freiheit gedachten Staat sind, zählt zu den wenigen allgemein konsentierten Lehren und ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stets hervorgehoben worden. Die subjektiv-defensive, negatorische Seite bildet gleichsam die Systemmitte der Grundrechtsdogmatik und fungiert für alle Weiterungen der Grundrechtsdimensionen als Bezugspunkt. In ihrer abwehrrechtlichen Funktion schirmen Grundrechte einen privaten Bezirk vor dem staatlichen Zugriff ab, um so individuelle Selbstbestimmung und autonome Lebensgestaltung zu ermöglichen.” (DREIER, 1994, p. 505).

50 Cf. Friedrich Müller: “Os direitos fundamentais justamente não são uma patrimônio residual (Restbestand) obtido pela subtração de todas as proibições estatais; eles não são um «direito negativo de polícia», mas, muito pelo contrário, o fundamento normativo do desenvolvimento (Entfaltung) social e político de cidadãos e pessoas livres. São garantias materiais, determinadas positivamente pelos seus conteúdos e pelo efeito destes.” (MÜLLER, 2003, p. 316).

51 Vide CANAS, op. cit., p. 497; no mesmo sentido J. J. Canotilho e Vital Moreira, os quais apontam o problema de saber “qual é o objeto de protecção da norma, se esta protege o conteúdo essencial da garantia geral e abstracta ou antes o conteúdo essencial da posição jurídica e individual de cada cidadão. A expressão ‘preceitos constitucionais’ utilizada na Constituição parece apontar para a necessidade de se tomar assim em consideração os direitos fundamentais como *bens jurídicos objetivos* (sem, contudo, abstrair do facto de se tratar sempre de direitos fundamentais com sujeito).” (CANOTILHO, MOREIRA, 1993, p. 153). Jorge Miranda e Rui Medeiros referem a “multifuncionalidade dos direitos fundamentais” e, acerca da dimensão subjetiva e posições de vantagem, esclarecem que após a restrição deve o direito fundamental “conferir aos titulares posições jurídicas com algum relevo”. (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora,

3.2 DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O caráter objetivo dos direitos fundamentais expressa a ideia de superioridade das normas constitucionais, as quais não apenas reconhecem aos indivíduos garantias subjetivas de proteção de direitos frente ao poder estatal – que legitimam o lesado a promover a defesa destes interesses – mas vinculam, orientam e conformam a totalidade do ordenamento jurídico⁵², forçando-o a observar um conteúdo axiológico específico expresso na pauta de valores veiculada na Constituição⁵³. Daí resulta que o respeito aos direitos fundamentais deve permear todos os âmbitos do ordenamento jurídico e constitui suporte de legitimidade a qualquer ato de Estado – o qual foi incumbido de implementar medidas de cunho procedimental e organizativo que possibilitem maximizar a fruição das garantias neles consagradas⁵⁴.

A dimensão material do caráter objetivo do direito fundamental exige uma proteção jurídica eficaz e tão completa quanto possível contra atos da autoridade pública e assegura aos indivíduos os instrumentos necessários para fazer valer seus direitos⁵⁵.

Os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, segundo Hesse, representam as bases da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental, normalizam princípios da estatalidade jurídica e determinam o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais⁵⁶. Em face do caráter de universalidade afetam potencialmente todos os âmbitos jurídicos e – na medida em que o alcance dos direitos fundamentais não está previamente estabelecido – atuam como mandados de otimização que se realizam de acordo com as possibilidades reais de implementação⁵⁷. O exercício das competências legislativas, administrativas e jurisdicionais, portanto, só podem seguir o caminho definido pelos direitos fundamentais⁵⁸.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão conferiu relevância à dimensão objetiva dos direitos fundamentais antes mesmo do emblemático caso *Lüth*. Ao julgar o caso *Elfes*, em 1957, afirmou sua competência para monitorar o compromisso do legislador com os padrões da constituição, asseverando que as leis não são constitucionais pelo simples fato de terem sido formalmente aprovadas. Elas também devem estar materialmente alinhadas com os mais altos valores fundamentais da

2017. v. 1. p. 233 e 290). Também DREIER, op. cit., p. 506.

52 Sobre os direitos fundamentais como garantias frente ao legislador e normas de conformação, que possuem pretensão de validade frente ao ordenamento jurídico, vide HÄBERLE, 2003, p. 48-51.

53 Sobre o tema com maior profundidade conferir BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p.105-136. Sobre a força normativa da Constituição vide CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1147-1170. A estreita relação entre princípios e valores, normas deontológicas (princípios e regras) e normas axiológicas (regras de valoração e critérios de valoração) conferir ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 138-172.

54 Cf. *BVerfGE* 8, 274 (326), onde consta ser requisito do Estado de Direito a mais ampla proteção judicial contra a violação da esfera jurídica do indivíduo por interferência de autoridades públicas, garantida pelo Artigo 19 (4) GG.

55 A garantia do procedimento adequado à defesa do direito assegurado, ver *BVerfGE* 110, 77 (85): “Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. a) Diese Norm enthält ein Grundrecht auf wirksamen und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. *BVerfGE* 67, 43 [58]; 96, 27 [39]; 107, 395 [401 ff.]). Die in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgte Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gewährleistet. Sie treffen Vorkehrungen dafür, dass der Einzelne seine Rechte auch tatsächlich wirksam durchsetzen kann und die Folgen staatlicher Eingriffe im Regelfall nicht ohne die Möglichkeit fachgerichtlicher Prüfung zu tragen hat (vgl. *BVerfGE* 96, 27 [39]).”

56 HESSE, 1998, p.241.

57 BÖCKENFÖRDE, 1993, p.126. Ainda ALEXY, 1993, p. 86-87.

58 Nessa linha PIEROTH, SCHLINK, 2019, p. 93-94.

ordem básica democrática livre que forma um ‘sistema de valores constitucionais’, ou ainda corresponder aos princípios constitucionais fundamentais não escritos, às decisões fundamentais da Lei Básica, ao princípio do Estado de Direito e do Estado de bem-estar. Acima de tudo, as leis não devem violar a dignidade do homem, que é o valor supremo da Lei Básica, nem limitar a liberdade espiritual, política e econômica⁵⁹.

Outro importante aspecto do caráter objetivo dos direitos fundamentais é que irradiam de tal forma seus efeitos ao ordenamento que exigem do Estado a institucionalização de certos procedimentos e formas de organização que permitam uma concreta e efetiva garantia de fruição, fornecendo argumentos para a formação de uma jurisprudência protetiva dos direitos sociais que assegure o direito à moradia, educação, formação profissional e assistência médica, como pré-condições necessárias para a realização significativa das liberdades⁶⁰.

Importante ressaltar, no entanto, que a fiscalização do TCF não se dirige à decisão sociopolítica do legislador – detentor da legitimidade democrática. A liberdade de conformação do legislador deve ser reconhecida e respeitada, nos limites do sistema axiológico (*wertsystem*) da Constituição. A intervenção judicial deve limitar-se tão somente à correção de opções manifestamente errôneas e incompatíveis com o sistema de valores da Lei Básica⁶¹.

4. CORRENTES ABSOLUTAS E VARIANTE MISTA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 TEORIAS ABSOLUTAS

As teorias objetivas partem da concepção de que a dignidade humana, da qual decorrem todos os outros direitos fundamentais reconhecidos na Constituição, já existia como ideal de respeito individual-ético antes de ser positivada de forma independente pelo artigo 1, I GG, e constitui um direito absoluto ao respeito, prévio à própria criação do Estado. Esta esfera assegurada permite a cada ser humano, por sua própria decisão, tomar consciência de si, determinar-se e moldar-se a si

⁵⁹ *BVerfGE* 6, 32 (40-41): “... die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung des Gesetzgebers an die Maßstäbe der Verfassung. Gesetze sind nicht schon dann “verfassungsmäßig”, wenn sie formell ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip.”

⁶⁰ Sobre o tema conferir Mattias Kumm, o qual afirma: “As far as the scope of constitutional rights is concerned, the consequences of the “radiation” thesis have been enormous. First, the Court insisted that constitutional rights required the institutionalization of certain procedures and forms of organization. These ranged from specific judicial and administrative procedures to complex statutory intervention to secure freedom of broadcasting and to establish a pluralistic television broadcasting system free from state control and pluralistic. Second, the door was opened to claims that the state is required to take specific action to protect individuals adequately from the acts of third parties. Cases the court has had to address range from claims that the state is required to tighten up nuclear reactor safety standards, so as to adequately protect the rights holder from the dangers of a nuclear power plant, to claims that the state is under a constitutional duty to comply with the demands of terrorist kidnappers to free certain prisoners in order to protect the life of the kidnapping victim... Finally, the radiation thesis also provided the grounds for the development of a jurisprudence concerning social rights. According to Alexy, there are good grounds for recognizing a definitive right to basic accommodation, education, job training and healthcare. Exercise of these rights is linked to enjoyment of the necessary preconditions for the meaningful realization of liberties.” (KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. *A Theory of Constitutional Rights*, International Journal of Constitutional Law, New York, v. 2, n. 3, pp.585-586, jul. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>. Acesso em: 14 jun. 2019.)

⁶¹ *BVerfGE* 13, 97 (107): “Den Anschauungen des Gesetzgebers hierüber darf es die Anerkennung nur versagen, wenn sie offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind.” No mesmo sentido, *BVerfGE* 14, 288 (301).

próprio e ao meio em que vive. Tal dimensão de liberdade, que deve ser a mesma para todos, possui um duplo caráter, abstrato e concreto.

O abstrato, isto é, o que resulta na liberdade enquanto tal, é intrínseco ao próprio homem e pode não existir como possibilidade de realização no ser humano concreto em todos os momentos, mas configura uma capacidade potencial, que deve ser considerada ainda se um ser humano concreto (por exemplo, o doente mental) não tiver a capacidade de moldar a si próprio e a sua vida livremente, ou na hipótese de abusar dessa possibilidade da liberdade mediante a prática de crimes.

O valor intrínseco da dignidade irradia uma esfera tal de proteção que mesmo nas ocasiões em que o homem concreto, titular do direito subjetivo, admita um ataque à sua capacidade de decidir livremente – a exemplo da concordância no emprego pelo Estado de drogas da verdade – persiste a injustiça e a ilegitimidade em proceder a esta forma de esclarecimento dos fatos e obtenção de provas. A dignidade humana e os direitos fundamentais que dela derivam significam que o ser humano concreto não pode ser degradado à condição de objeto, a um mero meio, que submete a pessoa aos objetivos dos outros, dos grupos majoritários, aos objetivos do Estado. Assegura uma esfera de proteção intangível à perversão da ordem de valores, à escravidão dissimulada que faz do homem “coisa”. Dürig, embora reconheça o caráter substancial dos direitos fundamentais, aponta para a dificuldade encontrada pela ciência e prática judicial em definir o que é a “essência” de tais direitos⁶². Diante de eventuais incoerências decorrentes da relação entre a substância constitucionalmente inviolável, por um lado, e as limitações constitucionais ou legais, por outro, afirma que o TCF procura se abster da sondagem da essência e simplesmente interpreta o significado que o direito fundamental possui para a vida social como um todo, após a restrição ser aplicada naquele caso concreto.

Parejo Alfonso afirma que os direitos fundamentais, como quaisquer outros direitos subjetivos, não são ilimitados, mas estão sujeitos a um sistema de limites onde o conteúdo essencial constitui uma barreira infranqueável ao resultado do processo de concreção de todos os limites possíveis⁶³. Mas se não existe direito absoluto no sentido de total imunidade a qualquer espécie de restrição, conforme já previa o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 – a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo, assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos –, a fixação destes limites para o legítimo exercício dos direitos fundamentais deve, em todo caso, permitir uma concreta e irredutível posição última que constitui a essência deste direito⁶⁴.

Em uma linha mais recente, a teoria absoluta dos direitos fundamentais

62 Sobre a intangibilidade da dimensão essencial dos direitos fundamentais, seu caráter pré-existente ao Estado e o papel da dignidade humana conferir DÜRIG, 1956, p. 117-133. O autor, no entanto reconhece a dificuldade de estabelecer de forma científica em que consiste essa essência: “Wissenschaft und Praxis können sich bislang nicht rühmen, die Frage nach dem „Wesensgehalt“ der Grundrechte anders als mit ziemlich inhaltslosen Wendungen beantwortet zu haben.” Ibidem, p. 133.

63 ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), a. 1, n. 3, p. 177, set./dez. 1981.

64 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: 2006. p.118. Vide ainda Luciano Parejo Alfonso, onde afirma: “De este modo, la garantía de este contenido es, al propio tiempo, un límite a la regulación (aspecto negativo) y la expresión positiva del valor asignado a los derechos fundamentales como piezas constructivas imprescindibles e insustituibles (al menos en ese contenido nuclear) del entero ordenamiento (aspecto de garantía institucional).” (ALFONSO, 1981, p. 182).

afirma que núcleo essencial é representado por regras, não por princípios, estando por consequência insuscetível às operações de ponderação.⁶⁵ É uma espécie de “núcleo fixo do preceito constitucional”⁶⁶, de cunho absoluto, autoritativo, intangível, um último reduto de conteúdo incompressível, albergado inclusive das próprias operações de ponderação. Configura um limite definitivo do direito fundamental que em nenhum caso pode ser transposto sob pena de deixar de ser aquilo que a norma que o institui se refere⁶⁷.

4.2 VARIANTE MISTA OU MITIGADA DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As teorias mistas ou mitigadas derivam e em muito se assemelham às correntes absolutas, afirmando que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial e um conteúdo periférico, este sim à disposição da atuação política do legislador. Tais intervenções, contudo, não são livres, desprovidas de uma vinculação jurídica, mas sujeitas ao regramento específico da proibição do excesso⁶⁸.

Com objetivo de superar o ceticismo e as críticas realizadas pelos adeptos da teoria relativa acerca da efetiva função de proteção dos limites impostos à interferência nos direitos fundamentais, Vitalino Canas propõe a adoção de uma teoria que observa aspectos absolutos e relativos, objetivos e subjetivos e tem como principais características a autonomia conceitual em relação à proibição do excesso; a força normativa jusfundamental; a identificação de um conteúdo normativo preexistente absoluto e irredutível dos direitos fundamentais e de uma zona periférica suscetível a operações de harmonização por meio da proibição do excesso; e, por fim, a dignidade da pessoa humana como direito absoluto e a prevalência dos direitos de defesa sobre o dever de prestação.

Segundo o autor, o conteúdo normativo do preceito constitucional é sempre logicamente anterior à eventual aplicação de qualquer instrumento e mediação de operações legislativas de harmonização. A configuração do conflito requer uma pré-compreensão mínima do âmbito de proteção das normas colidentes e não há como aplicar instrumento de harmonização antes de definir quais os preceitos que tutelam bens encontram-se em conflito, se estes colidem parcialmente ao nível da estatuição e em que medida, se é ou não necessária a produção de uma norma legislativa que os harmonize e, por fim, definir qual o instrumento e harmonização aplicável. Este conteúdo essencial, discernível em termos categóricos ou absolutos pode ser obtido mediante a utilização de cânones clássicos de interpretação, em especial a análise semântica da norma, a qual objetiva aclarar a intenção do constituinte quando da estatuição do direito ou garantia – sem que se lance mão do recurso à ponderação. Funciona como última barreira de proteção dos direitos fundamentais quando os demais instrumentos não impeçam a interferência, de

65 Neste sentido BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003. p. 99.

66 CANAS, op. cit., p. 498.

67 Vide MIRANDA, MEDEIROS, 2017, p. 291-292; em linha semelhante ALFONSO, op.cit., p. 180-183.

68 Vide PULIDO, 2014, p. 668.

modo a evitar que a pessoa seja reduzida a um mero objeto a serviço de interesses da comunidade⁶⁹.

Nessa linha de raciocínio, a previsão expressa do artigo 18.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa atribuiria autonomia ao conteúdo normativo preexistente absoluto e irredutível, não sendo a intangibilidade do núcleo essencial apenas um invólucro diferente para a técnica de harmonização de conflitos normativos pautada na ponderação. Em consequência dessa autonomia, e sem recurso às operações de ponderação, seria possível falar em conteúdo essencial do preceito fundamental realizando-se apenas a interpretação exegética dos preceitos postos em causa. O autor apresenta os seguintes exemplos de violação do núcleo essencial o qual é subsumido diretamente da disposição normativa, independentemente dos instrumentos fornecidos pela proibição do excesso: uma lei que exigisse a todos professarem uma determinada religião ou permitisse o encarceramento mediante isolamento completo do recluso, ou ainda que permitisse a utilização indiscriminada de cobaias humanas para o desenvolvimento de uma medicação que pudesse salvar o mundo de uma pandemia infecciosa. Mesmo que a proibição do excesso, nesse último caso, pudesse indicar uma solução afirmativa, considerando-se possível o sacrifício de uns para salvar a vida de todos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana restaria violado e constituiria uma barreira intransponível para a validação de semelhante disposição normativa⁷⁰.

Ocorre que, segundo Vitalino Canas, “a circunstância de os direitos terem um núcleo essencial irredutível e categoricamente salvaguardado não perturba a aplicação da proibição do excesso”, pois definido esse núcleo essencial intangível – não sujeito às operações de harmonização – a coroa periférica do direito fundamental, que é relativizável, admite interferência do legislador desde que expressamente autorizada e de acordo com as restrições previstas na própria Constituição, sempre adstrita à metódica da proibição do excesso⁷¹.

Alerta o autor, no entanto, que um sistema integralmente composto por direitos absolutos não se mostraria viável, já que a intangibilidade de um direito pressupõe a relativização de outro que com ele esteja em colisão. Da mesma forma, um sistema onde os direitos fundamentais são vistos como relativos ou *prima facie* somente pode funcionar adequadamente se houver ao menos um direito absoluto que estabeleça um padrão para a resolução dos conflitos entre os direitos relativos colidentes⁷², justificando-se a adoção de uma postura mitigada. Refere que a Constituição Portuguesa é um exemplo de convivência de direitos absolutos e direitos *prima facie*, indicando como exemplo dos primeiros o direito fundamental ao processo justo e equitativo (*fair trial* previsto no artigo 20.º, n.º 4, da CRP), o qual não é suscetível de interferência relativizadora de lei que venha a permitir a existência de um processo injusto.

69 Sobre a teoria dos direitos fundamentais como princípios e a utilização de um procedimento metódico estrito para estabelecer o juridicamente devido, BOROWSKI, 2003, p. 54-56; CANAS, op. cit., p. 504-506.

70 CANAS, op. cit., p. 501-502.

71 Cf. CANAS, *ibid.*, p. 507-508 e 511-514;

72 *Id.*, *ibid.*, 2017, p. 513.

5. TEORIAS RELATIVAS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria relativa sustenta que, a não ser que se assuma uma concepção cognitivista dos valores contidos nos direitos fundamentais⁷³, a reconstrução do alcance do conteúdo essencial está intimamente ligada à ideia de conflito e é determinada por operações de ponderação, onde restam valorados os custos e benefícios entre os interesses a serem tutelados de acordo com a estrutura do direito fundamental em causa: na forma de proibição de excesso⁷⁴ quando se tratam de direitos de defesa e proibição do defeito nas hipóteses de direitos prestacionais⁷⁵.

5.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO PRINCÍPIOS QUE ASSEGURAM APENAS POSIÇÕES JURÍDICAS PRIMA FACIE

As correntes relativas buscam elaborar uma nova teoria geral dos direitos fundamentais a partir da distinção estrutural entre regras e princípios. Após analisar as cinco teorias dos direitos fundamentais que Böckenförde identifica na jurisprudência do TCF – a teoria liberal ou do Estado de direito burguês, a teoria institucional dos direitos fundamentais, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais, e a teoria dos direitos fundamentais do Estado social⁷⁶ – Alexy critica o caráter unipontual e abstrato das teses até então sustentadas e afirma que a multiplicidade dos pontos de vista que envolve a proteção dos direitos fundamentais reclama uma teoria combinada, integrativa, de caráter prático-analítico que permita, em última instância, orientar a fundamentação racional dos juízos de dever-ser dos direitos fundamentais concretos, bem como o exercício de controles intersubjetivos⁷⁷. A partir daí, elabora a teoria dos princípios como forma de reduzir a articulação irracional dos juízos de valor que objetivam alcançar o conteúdo dos direitos fundamentais mediante uma formulação estreita dos âmbitos de proteção, prática ilusória de negação ou ocultamento das colisões reais existentes⁷⁸. Com isso evita que os malabarismos discursivos conduzam a um entorpecimento dos direitos fundamentais e reduz a possibilidade de o juiz julgar de acordo com a suas noções pessoais de valor⁷⁹.

⁷³ Carlos Bernal Pulido, sustenta que a tese espacial absoluta do conteúdo essencial é intuicionista por definição e confia na existência de uma intuição coletiva que resulta na atribuição de um poder desmedido ao Tribunal Constitucional para controlar a lei e, em contrapartida, desampara a liberdade de configuração da Constituição que possui o legislador. Complementa que aquilo que só pode ser definido pela intuição é subjetivamente incontrolável. (PULIDO, 2014, p. 652).

⁷⁴ A proporcionalidade, de acordo com Mattias Kumm é amplamente usada como teste pelos juízes para determinar o limite de direito constitucionalmente garantido. Um ato de uma autoridade pública que viole o escopo de um o direito protegido ainda pode ser justificado, se for demonstrado que ele busca fins legítimos maneira proporcional. Apenas atos de autoridades desproporcionais serão atingidos alegando que violam o direito de um indivíduo. (KUMM, Matias. What do you have in virtue of having a constitutional right? On the place and limits of the proportionality requirement. Law, Rights, Discourse: Themes of the work of Robert Alexy, Paulsen, G. Pavlakos (Eds.), Hart, 2007. SSRN - Public Law Research Paper, n. 06-41, New York University Law School, p. 2, 17 dec. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=952034>. Acesso em: 08 jun. 2019).

⁷⁵ Com maior profundidade sobre os deveres de prestação e a proibição do defeito CANAS, op. cit., p. 899-964.

⁷⁶ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p.47-65.

⁷⁷ Cf. Robert Alexy, onde propõe uma mescla da dimensão analítica, que tem por objeto conhecer a pluralidade sistemático-conceitual do direito válido, com a dimensão empírica da dogmática jurídica, que mira a descrição e o prognóstico da *praxis* judicial. (ALEXY, 1993, p. 29-39)

⁷⁸ Idem. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. Trad. Luis Afonso Heck. In: *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58-69.

⁷⁹ Idem. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 224-228

O pilar das correntes relativas dos direitos fundamentais encontra-se nas três principais obras de Alexy, embora existam inúmeros artigos onde os conceitos são atualizados: Teoria da argumentação jurídica, Teoria dos direitos fundamentais e Conceito e validade do direito.

Na primeira, busca enfrentar o problema da justificação das decisões judiciais por meio da elaboração de uma teoria da argumentação jurídica racional e contemporânea, a qual busca apresentar soluções para os seguintes problemas correntes: a incerteza da linguagem jurídica, a possibilidade do conflito de normas, a solução de casos em que não há nenhuma norma válida existente e, por fim, a possibilidade de resolução de casos especiais cuja decisão contraria a letra expressa da lei⁸⁰. Reconhece que nenhum procedimento oferece juízos de certeza conclusiva (esta não é alcançada nem mesmo nas ciências naturais), mas que emprego da técnica permite maior proximidade com as condições, critérios e regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica⁸¹.

Na Teoria dos direitos fundamentais, Alexy, em apertada síntese, aponta como primordial a distinção entre norma e enunciado normativo e define os traços de uma teoria das colisões e dos “limites dos limites” por meio da diferenciação estrutural entre regras e princípios. Embora ambas as formas, princípios e regras, sejam normas e, como tais, submetidas ao critério de validade (válidas ou não válidas), possuam expressões deônticas básicas de ordem, permissão ou proibição, as regras possuem determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível, constituindo disposições de caráter autoritativo que só podem ser cumpridas ou não, verdadeiros comandos de tudo ou nada. Regras conflitantes não podem valer simultaneamente e, na hipótese de colisão, esta deve ser resolvida mediante o emprego das técnicas clássicas da especialidade ou da lei no tempo, em que pelo menos uma das regras é declarada inválida. Os princípios, de forma diversa, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, que podem ser cumpridos em diferentes graus e asseguram apenas posições *prima facie*, cujo peso depende de uma carga de argumentação. O juízo concreto do dever-ser, no entanto, expressa sempre um direito definitivo, e o percurso entre a posição *prima facie* e posição definitiva se dá através de uma relação de preferência estabelecida na lei de colisão.⁸²

5.2 A INCOMPATIBILIDADE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS ABSOLUTOS

Alexy afirma, ainda, que princípios absolutos, que não conhecem limites jurídicos, são incompatíveis com um sistema jurídico que proteja direitos fundamentais, pois se estes princípios absolutos se referirem a bens coletivos, as normas de direito fundamental individual não lhes podem fixar qualquer limite. Por outro lado, se os princípios absolutos se referem a direitos fundamentais individuais, a solução, na hipótese de colisão com direitos fundamentais de outros indivíduos,

⁸⁰ Idem. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 268.

⁸¹ Ibidem, p. 272.

⁸² Sobre o tema do parágrafo cf. ALEXY, 1993, p. 80-97. Alexy estabelece, ainda, a distinção entre relação de precedência incondicionada, abstrata ou absoluta, e relação de precedência condicionada, que leva em conta o caso e indica as condições em que um princípio precede a outro, sendo que sob outras condições a precedência pode ser solucionada inversamente.

mostrar-se-ia inviável. A alternativa encontrada relaciona o caráter de princípio dos direitos fundamentais com a proporcionalidade⁸³ em suas três máximas parciais: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, que o autor denomina de postulado de ponderação propriamente dito, amplamente desenvolvido na doutrina e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão⁸⁴.

As duas primeiras, a necessidade e a adequação, configuram mandados de otimização relacionados com as possibilidades fáticas, sendo que o TCF considera preenchido o critério da necessidade quando o fim pretendido pela limitação não pode ser alcançado de outra maneira que afete o indivíduo em menor medida e a adequação é identificada como a persecução de um fim legítimo⁸⁵.

A proporcionalidade em sentido estrito ou o juízo de ponderação, por sua vez, decorre de mandados de otimização relacionados às possibilidades jurídicas. A decisão depende da aplicação da lei de colisão onde interesses que abstratamente possuem mesmo nível de proteção constitucional são ponderados, pesados na situação concreta com os princípios contrapostos, para só então fixar o que deve prevalecer e em qual medida⁸⁶. Nesta fase, a regra de julgamento impõe que quanto maior foi o grau de afetação do princípio a sofrer limitação, maior tem de ser a importância do cumprimento do princípio considerado preponderante⁸⁷.

83 Para Martin Borowski, a proporcionalidade e a ponderação constituem hoje as figuras centrais da ordem jurídica alemã. (BOROWSKI, Martin. La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. In: ITXASO, María Elósegui (Org.). *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales*: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016. p. 71. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=656165>. Acesso em: 08 mar. 2019).

84 Conferir a abordagem realizada por Suzana Tavares da Silva, pp. 645-646 em que esclarece: “De acordo com aquela metódica, o tribunal deve, em primeiro lugar, analisar a adequação da medida (*Geeignetheit*), ou seja, a sua idoneidade para a prossecução do fim, o que consubstancia, também, uma expressão do óptimo de Pareto (otimização relativa em face de condições fáticas) no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se com ela não se visar a promoção de um outro direito ou interesse geral. Seguidamente, há-de verificar a respectiva necessidade (*Erforderlichkeit*), o que significa que tem de concluir que a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa (“mandato do meio mais benigno”, na formulação de Alexy). E, por último, o tribunal apenas há-de considerar conforme com o princípio constitucional a medida que, no âmbito do juízo de proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), permita concluir que não é demasiado gravosa em relação à conveniência de alcançar o resultado pretendido (“mandato da ponderação” – também na formulação de Alexy).” (SILVA, Suzana Tavares da. O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 88, n. 2, p. 645-646, 2012.)

85 No julgado Cannabis, o TCF identifica a fase da adequação com a persecução de um fim legítimo, BVerfGE 90, 145 (172): “Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann;” Na mesma linha BOROWSKI, Martin – La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 59, p. 38, 2000. Sobre os dois primeiros critérios da proibição do excesso, necessidade e adequação, conferir BVerfGE 17, 306 (313-314), onde o TCF afirma, em síntese, que exige o princípio do Estado de direito que o indivíduo seja protegido contra interferências desnecessárias por parte das autoridades públicas; se tal intervenção na forma de um requisito ou proibição legal for indispensável, seus pré-requisitos devem ser descritos da forma mais clara possível e reconhecível pelo cidadão; quanto mais a intervenção legal abordar manifestações elementares da liberdade de ação humana, mais cuidadosamente as razões apresentadas para sua justificativa devem ser pesadas contra a reivindicação de liberdade fundamental do cidadão. Isso significa, acima de tudo, que os meios de intervenção devem ser adequados para atingir o objetivo legislativo e não devem sobrecarregar indevidamente o indivíduo. Conferir ainda, BVerfGE 30, 292 (316) onde consta, em síntese, que os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários para atingir o objetivo pretendido. O remédio é adequado se o sucesso desejado puder ser promovido com sua ajuda; é necessário se o legislador não teve possibilidade de escolher outro instrumento igualmente eficaz e menos interferente na restrição do direito fundamental. No equilíbrio geral entre a gravidade da interferência e o peso e a urgência dos motivos que a justificam, o limite de razoabilidade deve ser respeitado. Por fim, indicando que a necessidade é considerada por alguns como a parte dogmaticamente mais segura do critério da proporcionalidade. Cf., ainda, REIMER, Philipp. *Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept*. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 67.

86 Sobre a fórmula da colisão, vide ALEXY, 1993, p. 104-115

87 Neste sentido Robert Alexy afirma que “cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro”. (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004. p. 206). Essa visão é reproduzida por Mattias Kumm., segundo o qual: “The application of the ‘balancing’ test is guided by the idea that the greater the degree of infringement, the greater the importance

Alexy refuta a ideia corrente de que existe apenas um direito fundamental absoluto reconhecido na Lei Fundamental no artigo 1, 1, a dignidade da pessoa⁸⁸, pois, embora a disposição normativa provoque essa impressão de que é absoluta, se trata de um princípio especial dotado de um amplo grupo de condições de precedência quando relacionado a princípios opostos que em parte é considerada como regra⁸⁹. Porém, por ser um conceito indeterminado e com ampla abertura semântica, o conteúdo da dignidade humana admite uma ampla gama de respostas a depender das circunstâncias do caso concreto⁹⁰. Assim, há um método específico de ponderação referente a este direito fundamental em que a relação de preferência já está posta. Por conseguinte, não deve ser questionado se o princípio da dignidade humana precede ou não a outros princípios, declara-se apenas se a limitação imposta violou ou não a dignidade humana.

A jurisprudência do TCF adota esse posicionamento em diversos julgados, embora frequentemente utilize como argumento retórico a afirmação de que a dignidade humana é valor estruturante do Estado de direito e não pode ser violada. A julgar o caso *Großer Lauschangriff*, o TCF assevera que embora a dignidade humana seja considerada princípio fundamental da constituição e o mais alto valor constitucional, o conteúdo da garantia precisa ser concretizado, observando-se a situação específica em que o conflito pode ocorrer. Na hipótese, o TCF considerou que as disposições do código de processo penal para a implementação da vigilância acústica da habitação para fins de aplicação da lei penal cumprem os requisitos constitucionais relativos à proteção da dignidade humana, com a ressalva de que se a coleta de informações atingir a área central da vida privada, totalmente protegida, os registros deverão ser excluídos⁹¹.

5.3 TEORIAS RELATIVAS E INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO ESSENCIAL

O ponto da teoria dos princípios que desperta as maiores controvérsias reside na afirmação de que o conteúdo essencial de um direito fundamental é o que subsiste após o emprego da proporcionalidade. Não há, portanto, um âmbito intangível à ponderação e as restrições que resultam do emprego da metódica da proporcionalidade não lesionam a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental ainda que, refere Alexy, não deixem nada do direito fundamental que sofreu a limitação⁹². Reconhece a importância da dimensão objetiva da proibição de interferência no âmbito essencial do direito fundamental na medida em que retira o significado do direito para maior parte dos indivíduos ou para a vida social,

of the reasons supporting the infringement must be. Such a test provides a formal structure for the reasoned assessment of the competing concerns at stake. Whether or not a particular infringement is serious, requires an understanding of what it is about the particular interest at stake that matters morally, and what is lost when it is infringed.” (KUMM, 2006, p. 22). O TCF reforça esse método de raciocínio ao julgar o caso *Lebach*, *BVerfGE* 35, 202 (226): “Weiter ergibt sich aus diesem Richtwert, daß die erforderliche Abwägung auf der einen Seite die Intensität des Eingriffes in den Persönlichkeitsbereich durch eine Sendung der fraglichen Art berücksichtigen muß; auf der anderen Seite ist das konkrete Interesse, dessen Befriedigung die Sendung dient und zu dienen geeignet ist, zu bewerten und zu prüfen, ob und wieweit dieses Interesse auch ohne eine Beeinträchtigung - oder eine so weitgehende Beeinträchtigung - des Persönlichkeitsschutzes befriedigt werden kann.”

88 Para Robert Alexy “El concepto de dignidad humana es un concepto altamente complejo que conecta elementos descriptivos o empíricos con otros evaluativos o normativos.” (ALEXY, Robert. *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*. Trad. Alfonso García Figueroa. *Parlamento y Constitución Anuario*, Barcelona, n. 16, p. 17, 2014.).

89 Sobre a dignidade humana como regra, cf. ALEXY, 2014, p. 22.

90 Idem, 2004, p. 97-107.

91 *BVerfGE* 109, 279 (279-280 e 311)

92 ALEXY, 1993, p. 288.

em uma espécie de esvaziamento do conteúdo normativo da norma constitucional. Sobressai, entretanto, a dimensão subjetiva enquanto garantia de posições jusfundamentais a cada pessoa, que a legitima a adotar medidas para assegurá-las⁹³.

A lei da ponderação oferece segurança superior aos demais critérios de julgamento na preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais porque quanto mais intensa for a intervenção do direito a ser limitado, maior o peso de argumentação terá de possuir o direito contraposto⁹⁴. A proteção absoluta do âmbito essencial dos direitos fundamentais depende da ponderação de princípios e, em geral, não pode ser conhecida de forma direta ou intuitiva em virtude da imprecisão semântica das normas que estatuem os direitos contrapostos. Há situações, tal como a que sugere a proteção do núcleo de configuração da vida privada⁹⁵, que oferecem grau de precedência de tal ordem na aplicação da lei de colisão que em circunstâncias normais alcançam *status* semelhante ao de proteção absoluta. Isso não afasta, antes reforça a aplicação do método da proporcionalidade e a norma do artigo 19, 2, GG não oferece nenhum parâmetro adicional de restringibilidade aos direitos fundamentais que já não tenha sido conferido nas operações de ponderação⁹⁶.

CONCLUSÃO

Não há como dissociar o discurso jurídico-constitucional das ideias de liberdade e autoridade⁹⁷, pois as limitações impostas aos direitos fundamentais desafiam questionamentos sobre a legitimidade que possuem legislador e juiz⁹⁸ em restringir esferas constitucionalmente asseguradas, em especial diante da obrigatória vinculação a que estão submetidas as autoridades públicas em face dos artigos 1, 3, GG, e 18.º, nº 1, CRP.

Permanece atual a advertência de Meiklejohn⁹⁹ de que toda a autoridade constitucional para governar o Estado pertence ao próprio povo, que é, sem dúvida, governado, mas, ao mesmo tempo, governante. A liberdade política, afirma, não é a ausência de governo, é autogoverno, e por meio da Constituição o povo cria agências – legislativo, executivo e judiciário – e delega a cada uma delas poderes específicos e limitados que são considerados necessários para o desempenho de seu governo designado. Essas agências não têm outros poderes além dos expressamente definidos na ordem constitucional. Se esta mesma ordem que estabelece

93 Afirma Robert Alexy: “Cuando la Ley Fundamental estatuye algo que, por su pretensión, es tan importante como una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, entonces hay que referir esto, por lo menos, también a las posiciones iusfundamentales de los individuos.” (Ibidem, p. 287).

94 KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Trad. Rubén Sanchez Gil. México: Universidad Autónoma, 2017, p. 19-20. No mesmo sentido Robert Alexy, onde afirma: “Constitutional rights gain overproportionally in strength as the intensity of interferences increases. There exists something like a centre of resistance. This serves to erect the “fire wall” that Habermas deems to be missing in the theory of balancing.” (ALEXY, 2003, p. 140).

95 BVerfGE 27, 344

96 ALEXY, op. cit., 1993, p. 289-291.

97 JOSEPH RAZ – *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986, p. 23: “The doctrine of freedom is part of the doctrine of authority. It consists of principles binding political authorities to protect and promote the freedom of their subjects.”

98 Sobre a proximidade entre métodos de interpretação constitucional e valores morais cf. SCHAUER, Frederick. Commensurability and Its Constitutional Consequences. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, p. 809-810, 1994. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol45/iss4/4. Acesso em: 24 maio 2019.

99 MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 1961, p. 253-254, 1961. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3108719>. Acesso em: 03 set. 2019.

as diretrizes de atuação do Estado também define esferas livres ou de especial interferência estatal, expressas nos direitos fundamentais, discernir até onde pode ir a interpretação do âmbito normativo e os riscos que o método hermenêutico escolhido causa para o esvaziamento dessas mesmas garantias é tema de alta relevância tanto para a filosofia política quanto para o direito constitucional.

A questão de saber se o artigo 19.2, da Lei Fundamental Alemã, ou artigo 18.º, n.º 3, da Constituição Portuguesa se destinam a garantir uma proteção “absoluta” ou apenas “*prima facie*” dos direitos fundamentais contra interferências dos agentes do Estado é causa de acalorada divergência na doutrina e jurisprudência.

De um lado, os adeptos da teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sustentam que tais direitos possuem uma substância em si, aferível mediante o emprego de regras clássicas de hermenêutica, e que a proporcionalidade causa severo risco de esvaziamento das normas de garantia, as quais ficariam sujeitas à uma métrica única que põe na mesma balança valores que não podem ser comparados, com possibilidade de supressão total de um direito constitucionalmente assegurado.

De outro, os que defendem uma teoria relativa do conteúdo essencial, os quais afirmam que na solução de casos difíceis a aplicação da metódica da proporcionalidade permite aferir a racionalidade do discurso que embasa a decisão, até porque conteúdo essencial dos direitos fundamentais não possui uma substância, é direito e como tal somente pode ser entendido em uma análise conjunta com outros interesses e direitos que lhe são contrapostos.

E há razões importantes de ambos os lados. Em defesa da tese absoluta e com severas críticas à era da ponderação, Tsakyrakis, após analisar uma gama de julgados da Corte Suprema do EUA em que a técnica do balanceamento foi utilizada, afirma que quando os interesses protegidos por direitos encontram-se escalonados, submetidos a uma métrica de comparação com outros interesses de indivíduos ou governos, os interesses da maioria tendem a superar os interesses dos indivíduos e minorias. Refere que os resultados do balanceamento, na apreciação da maioria dos casos de liberdade de expressão que envolveram discurso comunista durante a Guerra Fria, foi decidida contra a liberdade de expressão¹⁰⁰.

O ponto central da crítica às teorias relativas é que a falta de critérios de mensuração, ou a mensuração utilizando-se de critérios escolhidos pelo juiz permitiriam um esvaziamento das garantias constitucionalmente asseguradas¹⁰¹.

¹⁰⁰ TSAKYRANIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 47, jul. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>. Acesso em: 21 maio 2019. Ibidem, p. 474, tece forte crítica à pretensão de neutralidade moral da proporcionalidade: “Essentially, the proportionality test is reduced, more often than not, to measuring the relative intensity of the interference with the importance of the aim sought. The principle of proportionality assumes that conflicts of values can be reduced to issues of intensity or degree and, more importantly, it assumes further that intensity and degree can be measured with a common metric (something like a natural force), and that this process will reveal the solution to the conflict. Thus it pretends to be objective, neutral, and totally extraneous to any moral reasoning.” A respeito do tema, conferir ainda NIMMER, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. *California Law Review*, Berkeley, n. 56, p. 935-967, 1968. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z387184>. Acesso em: 03 maio 2019.

¹⁰¹ Sobre os riscos que apresentam as operações de balanceamento sem a definição de critérios claros que não representem exclusivamente a escala de valores do julgador (o que implicaria em decisionismo judicial) vide Alexander Aleinikoff, onde faz a seguinte advertência: “The balancer’s scale cannot simply represent the personal preferences of the balancer, lest constitutional law become the arbitrary act of will today characterized as ‘lochnering.’” (ALEINIKOFF, Alexander. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, n. 5, p. 973, apr. 1987. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1>. Acesso em: 12 maio 2019).

Os direitos fundamentais deixariam de constituir parâmetros estáveis de ordenação social e tornar-se-iam reféns dos valores sustentados por este ou aquele julgador, já que, na afirmação de Raz, “*even judges are humans*”¹⁰². Embora a experiência constitucional norte-americana seja distinta do modelo europeu continental, as ponderações e críticas feitas ao *balancing* podem perfeitamente servir ao questionamento da proporcionalidade, dada a proximidade dos institutos.

O caráter substancial dos direitos fundamentais, considerado elemento indispensável ao respeito da dignidade humana, foi objeto de reconhecimento expresso pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em algumas decisões¹⁰³, onde considera que esse âmbito especialmente protegido não pode ser violado ou diminuído.

Tais correntes, no entanto, enfrentam severa dificuldade no campo conceitual para sustentar que os direitos fundamentais admitem regulamentação, estão abertos a determinadas restrições, e, ao mesmo tempo, possuem um âmbito residual substancial que deve permanecer intocado. Não apontam claramente de que forma seria possível separar esses componentes do direito fundamental e estabelecer o que pertence ao âmbito nuclear e ao periférico. Kaufmann¹⁰⁴ afirma que a procura da essência dos direitos fundamentais é inútil, pois a lei, ordem por excelência, não possui “substância”, e lembra a máxima de Tomás de Aquino: *Ordo non est substantia, sed relatio* - ordem não é substância, mas relação.

Direito, portanto, é referência, é correspondência, é a ordenação de uma situação fática onde ocorre a partilha de existências e expectativas. Não há como pensar em direitos fora do mundo, dotados de um conteúdo essencial próprio e não-relacional, imanente, direitos afastados do intrincado jogo de interesses e valores contrapostos que caracterizam a convivência comunitária. Nesse panorama, a metódica oferecida pelo escalonamento de etapas previstas nos testes de proporcionalidade, quando bem utilizado, pode conferir maior racionalidade¹⁰⁵ às decisões e segurança para a proteção dos direitos fundamentais.

Mas, se o caráter substancial dos direitos parece não existir e tudo se resume à ponderação de direitos e interesses contrapostos, o que resta da garantia de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais assegurada no artigo 19, 2, GG, e sua correspondente disciplina no artigo 18.º, n.º 3, da CRP?

102 RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 183-189. Vide ainda, na mesma obra, importantes considerações acerca do quebra-cabeças da incorporação de valores nos julgamentos. (Ibid., p. 190-198).

103 Sobre o caráter substancial dos direitos fundamentais conferir *BVerfGE* 13, 225 (229): “Ein solcher Eigentumsschutz kann sich jedoch nur auf den Gewerbebetrieb als Sach- und Rechtsgesamtheit beziehen, so daß grundsätzlich nur ein Eingriff in die Substanz dieser Sach- und Rechtsgesamtheit Art. 14 GG verletzen könnte”. No mesmo sentido, *BVerfGE* 123, 267 (343): “Innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes jedenfalls sind die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, also die Demokratie, die Rechts- und die Sozialstaatlichkeit, die Republik, der Bundesstaat sowie die für die Achtung der Menschenwürde unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte in ihrer prinzipiellen Qualität jeder Änderung entzogen.”

104 Arthur Kaufmann: “Die Suche nach dem „Wesensgehalt“ der Grundrechte ist sinnlos. Niemand kann sagen, was dieser „Wesensgehalt“ ist. Wohl aber können wir einiges darüber sagen, was die Grundrechte - und überhaupt das Recht - „wesensmäßig“ nicht sind. Vor allem: sie sind keine Substanzen, es gibt nichts Substantielles an ihnen, auch keinen substantiellen Kern. Wer das für einen modischen Gedanken hält, täuscht sich. Die Auffassung, daß Recht, daß Ordnung schlechthin, etwas Substantielles sei, findet sich bei den Alten kaum. Noch einmal sei Thomas von Aquin bemüht, der klipp und klar gesagt hat: „Ordo non est substantia, sed relatio“ - „Ordnung ist nicht Substanz, sondern Beziehung.“ In unseren Tagen hat denselben Gedanken vor allem Werner Maihofer ausgesprochen, wiewohl von ganz anderen Voraussetzungen ausgehend: „Ordnung ist ein Gefüge von Entsprechungen, von Dingen oder Personen.“ (KAUFMANN, Arthur. Über den Wesensgehalt der Grund- und Menschenrechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 70, n. 3, p. 391, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2368077>. Acesso em: 15 ago. 2019).

105 Matthias Klatt afirma: “This shows how the clear structure of the proportionality test, followed properly, may enhance the rationality of the legal reasoning, since it ensures that all relevant premises are dealt with in due depth.” (KLATT, MEISTER, op. cit., p. 707).

Há algum conteúdo normativo que possa ser subsumido ou seria apenas uma norma vazia e de conteúdo meramente declarativo, como afirma Häberle¹⁰⁶, que nada acrescenta à correta interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição? Ou seria um lembrete¹⁰⁷ dos direitos à vida, à incolumidade física, à liberdade, à propriedade e outros tantos que “equipam” os seres humanos dotados de autonomia, advertindo ao Estado que se abstenha de interferir nestes direitos além do absolutamente indispensável para a preservação dos interesses de todos?

Ao que parece, a resposta está no posicionamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a dimensão substancial de um direito fundamental não é afetada se a decisão ou ordem normativa obedecer aos parâmetros da proporcionalidade: A lei que faz a intervenção é apenas parte da ordem constitucional se a interferência for proporcional. Isso significa que deve ser adequado, mas também necessário atingir a meta pretendida pelo legislador, ou seja, que a meta não possa ser alcançada igualmente bem de maneira menos onerosa e, finalmente, que a medida do dever do indivíduo ainda esteja em proporção razoável com as vantagens que advêm a ele e ao público em geral¹⁰⁸.

REFERÊNCIAS

ALENIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 96, n. 5, p. 943-1004, apr. 1987. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1>. Acesso em: 12 maio 2019.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131–40, jun. 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

¹⁰⁶ HÄBERLE, 2003, p. 109-110.

¹⁰⁷ Arthur Kaufmann : “...eine Mahnung, die dem Menschen als personale Grundausstattung zustehenden Rechte auf Leben, körperliche Unverehrtheit, Freiheit, Eigentum [...] nicht stärker zu beeinträchtigen als dies im Hinblick auf die Belange aller unerlässlich ist, er ist eine Mahnung, daß die Grund- und Menschenrechte nicht zur beliebigen Disposition stehen.” (KAUFMANN, 1984, p. 397).

¹⁰⁸ BVerfGE 38, 281 (302): “Das Gesetz, das diesen Eingriff vornimmt, ist nur dann Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung, wenn der Eingriff sich als verhältnismäßig erweist. Das bedeutet, daß er zur Erreichung des vom Gesetzgeber erstrebten Zieles geeignet, aber auch erforderlich sein muß, d. h. daß das Ziel nicht auf eine andere, den Einzelnen weniger belastende Weise ebensogut erreicht werden kann, und daß schließlich das Maß der den Einzelnen durch seine Pflichtzugehörigkeit treffende Belastung noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den ihm und der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht (BVerfGE 30, 292 [316 f.]; 35, 382 [401])”

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. Trad. Luis Afonso Heck. In: *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria discursiva do direito*. Trad. Alexandre T. G. Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad. Trad. Alfonso Garcia Figueroa. *Parlamento y Constitución Anuario*, Barcelona, n. 16, p. 9-28, 2014.

ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), a. 1, n. 3, p. 169-190, set./dez. 1981.

ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Trad. João Costa. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BARAK, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Trad. Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In HARDY, Henry (Ed.). *Liberty: Incorporating 'Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 166-217.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4. ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOROWSKI, Martin – La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, n. 59, p. 29-56, 2000.

_____. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. La ponderación en la estructura jerárquica del derecho. In: ITXASO, María Elósegui (Org.). *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomo, 2016. p. 71-100. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=656165>. Acesso em: 08 mar. 2019.

CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo dos atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.

CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *Direito constitucional*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DREIER, Horst. Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat. *Juristen-Zeitung*, Tübingen, n. 15/16, p. 741-752, aug. 1994.

_____. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. *JURA:-Juristische Ausbildung*. n. 505, p. 505-513, okt. 1994.

DÜRIG, Günter. Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des öffentlichen Rechts*, v. 81 (N.F. 42), n. 2, p. 117-157, 1956. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/44303797>. Acesso em: 08 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. 5. reimpr. Barcelona: Editorial Ariel, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Reimpr. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Dyckinson, 2003.

_____. *El Estado constitucional*. 2. ed. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenheichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

HAYECK, Friedrich A. *A constituição da liberdade*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2018.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2324&context=yjlj>. Acesso em: 06 mar. 2019.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. Über den Wesensgehalt der Grund-und Menschenrechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 70, n. 3, p. 384-399, 1984. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2368077>. Acesso em: 15 ago. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Proportionality: a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy. *International Journal of Constitutional Law*. v. 10, n. 3, p. 687–708, jul. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mos019>. Acesso em: 16 ago. 2019.

_____. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Trad. Rubén Sanchez Gil. México: Universidad Autónoma Ed., 2017.

KUMM, Mattias. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. *A Theory of Constitutional Rights*, International Journal of Constitutional Law, New York, v. 2, n. 3, pp.574–596, jul. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.574>. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. What do you have in virtue of having a constitutional right? On the place and limits of the proportionality requirement. Law, Rights, Discourse: Themes of the work of Robert Alexy, Paulsen, G. Pavlakos (Eds.), Hart, 2007. *SSRN - Public Law Research Paper*, n. 06-41, New York University Law School, p. 1-46, 17 dec. 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=952034>. Acesso em: 08 jun. 2019.

MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, Chicago, v. 1961, p. 245-266, 1961. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3108719>. Acesso em: 03 set. 2019.

MICHAEL, Lothar. ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa? *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, n. 11, p. 165-188, 2009.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. v. 1.

MOMO, Airton; MOMO, Tânia. Combate à corrupção e validação de provas obtidas por meios ilícitos: balizas éticas da persecução penal no Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA FILHO, Ênio (Org.). *O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento*. Palmas: ESMAT, 2018. p. 348-371.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Taravilla, n. 7, p. 315-327, 2003.

NIMMER, Melville B. The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. *California Law Review*, Berkeley, n. 56, p. 935-967, 1968. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z387184>. Acesso em: 03 maio 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional*. Lisboa: AAF-DL, 2017.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português II: organização do poder político*. Coimbra: Almedina, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante el Legislador*. 4. ed. Bogotá: Universidad de Externado de Colômbia, 2014. pp. 56-58.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

_____. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Trad. Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós Ediciones, 2009.

_____. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2017.

REIMER, Philipp. Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 60-75.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seus fundamentos na liberdade e na igualdade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: 2006.

SCHAUER, Frederick. Commensurability and Its Constitutional Consequences. *Hastings Law Journal*, v. 45, n. 4, p. 809-810, 1994. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol45/iss4/4. Acesso em: 24 maio 2019.

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*. México: Fontamara, 2008.

SCHÖLLER, Henrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo W. Sarlet. *Interesse Público*, São Paulo (Notadez), a. 1, n. 2, p. 92-107, 1999.

SILVA, Suzana Tavares da. O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 88, n. 2, p. 639-678, 2012.

STERN, Klaus. El sistema de los Derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, España, n. 1, p. 261-277, sep./dic. 1988.

TSAKYRANIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 3, p. 468-493, jul. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>. Acesso em: 21 maio 2019.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. Leônidas Egenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfe
BVerfGE 6, 32 - Elfes
BVerfGE 7, 198 - Lüth
BVerfGE 7, 377 - Apotheken-Urteil
BVerfGE 8, 274 - Preisgesetz
BVerfGE 9, 137 - Einfuhrgenehmigung
BVerfGE 13, 97 - Handwerksordnung
BVerfGE 13, 225 - Bahnhofsapotheke Frankfurt
BVerfGE 14, 288 - Selbstversicherung
BVerfGE 17, 306 - Mitfahrzentrale
BVerfGE 19, 342 - Wencker
BVerfGE 21, 362 - Sozialversicherungsträger
BVerfGE 27, 344 - Ehescheidungsakten
BVerfGE 30, 292 - Erdölbevorratung
BVerfGE 33, 303 - Numerus clausus I
BVerfGE 34, 269 - Soraya
BVerfGE 35, 202 - Lebach
BVerfGE 35, 382 - Ausländerausweisung
BVerfGE 38, 281 - Arbeitnehmerkammern
BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe
BVerfGE 109, 279 - Großer Lauschangriff
BVerfGE 110, 77 - Rechtsschutzinteresse
BVerfGE 123, 267 - Lissabon
BVerfGE 141, 1 - Völkerrechtsdurchbrechung