

As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal

Henrique Fröner*

Sumário: Introdução. 1. A teoria interna e a teoria externa. 2. As normas de princípio e a limitabilidade dos direitos fundamentais; 2.1. O modelo de normas de Robert Alexy; 2.2. Os direitos fundamentais como normas de princípios. 3. O conceito de barreira e de limitação de direito fundamental. 4. Tipos de barreiras de direito fundamental; 4.1. Barreiras diretamente constitucionais; 4.2. Barreiras indiretamente constitucionais. 5. Sobre a competência para a edição de barreiras; 5.1. O princípio da proporcionalidade em sentido amplo; 5.1.1. Conceito e fundamentação; 5.1.2. Objeções à ponderação. 6. A garantia do conteúdo essencial; 6.1. Teoria absoluta *versus* teoria relativa; 6.2. Existem direitos absolutos ou categóricos?. 7. As limitações e o tipo abstrato das normas de direito fundamental; 7.1. O conceito de tipo abstrato; 7.2. Tipo abstrato, âmbito protegido e intervenção; 7.3. Teoria ampla *versus* teorias estritas. 8. Análise de caso referente ao direito da internet; 8.1. A anticonstitucionalidade do § 5º, al. 2ª, nº 11, VSG; 8.1.1. Verificação da proporcionalidade em sentido estrito; 8.1.2. Verificação do atendimento ao mandamento de precisão e clareza das normas; 8.1.3. Verificação do atendimento à garantia do núcleo essencial. 9. Análise de caso referente ao levantamento de dados bancários; 9.1. A ocorrência de uma limitação; 9.2. A adoção da teoria ampla do tipo abstrato; 9.3. A adoção da teoria externa; Conclusão.

Resumo: Este artigo procura investigar a estrutura das limitações dos direitos fundamentais clássicos. Toma como base para isso, principalmente, a análise da teoria de ROBERT ALEXY das barreiras dos direitos fundamentais. Compara-a com outras teorias e aplica-a na interpretação dos direitos fundamentais positivados em nossa Constituição Federal e também na análise de dois casos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, um referente ao chamado direito da internet e outro ao levantamento de dados bancários.¹

* Bolsista do programa PIBIC-CNPq.

¹ A seguir utilizar-se-ão as seguintes siglas e abreviaturas: Absatz-Nr. – Absatz-Nummer – número da alínea; ADI – ação direta de inconstitucionalidade; al. – alínea; alt. – alternativa; apud – citado por; art. – artigo; Aufl. – Auflage – edição; BGB – Bürgerliches Gesetzbuch – Código Civil alemão; BVerfG(E) – Bundesverfassungsgerichts(entscheidung) – Tribunal Constitucional Federal (decisão); cf. – confira; CF – Constituição Federal; DJU – Diário de Justiça da União; ed. – edição; et al. (*et alii*) – na citação bibliográfica, indicação de que a obra a que se faz referência

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 64	out. 2009 – dez. 2009	p. 85-135
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	-----------

Palavras-chave: direitos fundamentais, limitações, barreiras.

Abstract: This article aims to investigate the structure of the limitation of fundamental rights. In order to accomplish this, takes as framework the study of Robert Alexy's theory of the fundamental rights barriers. Compares it with other theories and applies it to the interpretation of the fundamental rights inserted in the Brazilian Federal Constitution, as well as in the analysis of two cases decided in the German Federal High Court, one concerning the so-called "internet right", and the other concerning the access to data bank.

Keywords: fundamental rights, limitations, barriers.

Introdução

Paira amplo consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da afirmação de que os direitos fundamentais são relativos, ou seja, que podem ser limitados. Apesar desse consenso, uma rápida análise da doutrina e jurisprudência revela que, mesmo no que se refere aos direitos fundamentais clássicos (direitos de defesa), a questão da limitação apresenta pontos controversos (que geram decisões contraditórias), além de pontos ainda pouco abordados. Diante dessa situação, o presente artigo visa a contribuir com pré-compreensão para a interpretação e aplicação dos direitos previstos no art. 5º de nossa Constituição. Num primeiro momento, é feito um estudo dos principais conceitos e teorias acerca das limitações dos direitos fundamentais. Num segundo momento, é feita uma análise de uma sentença (*Urteil*) do TCF.

1 A teoria interna e a teoria externa

As questões de se os direitos fundamentais podem ser limitados e do modo como deve ser entendida essa limitação estão relacionadas com a discussão que se desenvolveu, sobretudo no direito civil alemão, sobre a possibilidade de se limitarem os direitos.^{2,3} Essa discussão deu origem a dois

tem mais de um autor e se menciona, por concisão, só o primeiro; f. – folgende – seguinte; ff. – folgenden – seguintes; fr. – frase; HC – habeas corpus; Ibid. – ibidem – na mesma obra; LF – Lei Fundamental; Loc. Cit. – no lugar citado; Min. – ministro; n. – número; n. m. – número de margem; op. cit. – obra citada; p. – página(s); rel. – relator(a); rev. – revisada; sem. – semestre; S. – página; ss. – seguintes; STF – Supremo Tribunal Federal; TCF – Tribunal Constitucional Federal; vol. – volume; v.g. – verbi gratia – por exemplo; VSG – Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – Lei de Proteção à Constituição de Nordrhein-Westfalen.

² BOROWSKY, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 66.

³ Sobre o surgimento e o desenvolvimento histórico dessas duas teorias, tanto no Direito Público quanto no Direito Civil, conferir: BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 71, 72 e 73. Conferir também: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 63 e 64.

posicionamentos diametralmente distintos: o da teoria externa (*Aussentheorie*) e o da teoria interna (*Innentheorie*).⁴

Neste item discorreremos sobre as pressuposições básicas desses dois posicionamentos distintos e a consequência que essas têm para determinação da estrutura de aplicação dos direitos. Não adentraremos, aqui, contudo, no mérito da questão acerca de qual teoria é a correta no âmbito dos direitos fundamentais, deixando essa questão, por enquanto, em aberto.

A primeira teoria pressupõe a existência de dois objetos jurídicos distintos: o *direito em si* (direito *prima facie* ou não limitado) e o *direito limitado* (direito definitivo ou restringido).⁵ Segundo ela, existe, primeiramente, apenas o direito não limitado, somente depois de ocorrida a limitação é que se obtém o direito definitivo ou limitado.⁶ Ainda conforme essa teoria, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de barreira (norma limitante),⁷ ou seja, é sempre possível que os direitos se apresentem sem nenhuma barreira e, assim, produzam suas consequências jurídicas sem qualquer óbice. A relação, não sendo necessária, origina-se somente da necessidade externa ao direito de compatibilizá-lo com os direitos de diferentes indivíduos e também com bens coletivos.⁸

Como decorrência das pressuposições dessa teoria, o exame para a aplicação dos direitos se realiza necessariamente em duas etapas. Na primeira, indaga-se se a consequência jurídica está abarcada pelo conteúdo do direito *prima facie*. Caso a resposta seja afirmativa, em uma segunda etapa, deve-se examinar se o direito *prima facie* é limitado no caso concreto por outra(s) norma(s). Assim, num primeiro momento, antes de realizado esse exame, não se tem ainda um direito definitivo.⁹

Conforme a teoria interna, pelo contrário, não existem dois objetos, mas somente um: o direito com um determinado conteúdo, ou seja, o direito com seus limites concretos.¹⁰ As barreiras são imanescentes: as dúvidas acerca do limite desse direito não são dúvidas sobre o quanto esse pode ser limitado, mas

⁴ BOROWSKY, Martin. *La estructura...*, p. 66.

⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 250. Tradução espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 268.

⁶ *Ibidem*.

⁷ O conceito de barreira será desenvolvido e analisado no item “3”.

⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 250. Na tradução espanhola: p. 268.

⁹ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 59, p. 31, maio/agosto 2000.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 250. Na tradução espanhola: p. 268 e 269.

sim sobre qual é o seu conteúdo.¹¹ O procedimento de aplicação consistirá aqui em verificar se o conteúdo aparente do direito é também o seu conteúdo verdadeiro, isso porque, tendo o direito seu alcance definido de antemão, sua limitação torna-se impossível.¹² Apesar de aqui também haver uma duplicidade de exame há, contudo, uma diferença fundamental: quem invoca um direito aparente está, na verdade, atuando *sem* direitos, e não com direitos reduzidos ou limitados.¹³

Atualmente, dois modelos estruturais de limitação se contrapõem na dogmática dos direitos fundamentais alemã: o esquema da intervenção e o limite¹⁴ e o modelo da pré-formação.¹⁵ O primeiro diferencia o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva dos direitos, diferença que implica necessariamente que os direitos sejam entendidos como limitáveis nos moldes da teoria externa. O modelo da pré-formação, pelo contrário, diz que o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetiva são idênticos.¹⁶ Como é facilmente perceptível, esse modelo entende os direitos do mesmo modo que a teoria interna, ou seja, como não limitáveis. Destarte, a diferença de concepção acerca da limitabilidade dos direitos existente entre o esquema da intervenção e o limite e o modelo da pré-formação corresponde à distinção de concepção existente entre a teoria externa e a teoria interna.¹⁷

2 As normas de princípio e a limitabilidade dos direitos fundamentais

O entendimento das normas jurídico-fundamentais como normas com a qualidade de princípio ou como normas com a qualidade de regra,¹⁸ ou, ainda, como normas que podem apresentar essas duas qualidades, é decisivo para a compreensão da forma como ocorre a sua limitação. De fato, somente poderemos investigar a estrutura das limitações e determinar qual das teorias acima é a correta no âmbito dos direitos fundamentais após termos verificado qual o caráter dessas normas.

¹¹ Ibidem.

¹² BOROWSKI, Martin. *La restricción...*, p. 33.

¹³ BOROWSKI, Martin. *La restricción...*, p. 32-33.

¹⁴ LUIZ FERNANDO CALIL DE FREITAS o denomina “pensamento de intervenções e limites”. Cf.: FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais – limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 138.

¹⁵ BOROWSKY, Martin. *La estructura...*, p. 74.

¹⁶ Ibidem, p. 76.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ O entendimento dessas normas como regras ou princípios no preciso sentido dado a esses dois termos por RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY.

2.1 O modelo de normas de Robert Alexy

ALEXY apresenta um modelo de normas jurídicas que é resultado de um desenvolvimento e aperfeiçoamento da distinção elaborada inicialmente por DWORKIN.¹⁹

Para ALEXY, uma norma jurídica é necessariamente uma regra ou um princípio.²⁰ Princípios, diferentemente das regras, não são normas que somente podem ser cumpridas ou não. A medida exata de seu cumprimento depende das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.²¹ Da dependência das possibilidades jurídicas se segue logicamente que as posições jurídicas (direitos, liberdades, competências) garantidas pelos princípios podem ser limitadas tendo em conta a necessidade de haver uma compatibilização com os princípios e bens coletivos opostos. Desse modo e nesse sentido, os princípios devem ser entendidos como razões para juízos de dever-ser definitivos, que somente serão definitivamente fixados (sendo estabelecidas então regras) depois de sopesadas as razões contrárias a esse juízo concreto.²²

As regras, por sua vez, são normas que contêm fixação plena dentro do fática e juridicamente possível,²³ não sendo o direito garantido por elas suscetível de ponderação, mas sim somente de subsunção.²⁴ Desse modo, quando duas regras entrarem em conflito a solução da colisão somente poderá ser estabelecida ou declarando uma delas inválida²⁵ ou introduzindo-se uma cláusula de exceção. Conflitos de regras, diferentemente dos princípios, não se resolvem no plano do peso, mas sim no da validade.²⁶ Isso significa que a diferença entre regras e princípios, diferentemente do que sustentam diversos autores,²⁷ não é de grau, mas sim qualitativa.²⁸

¹⁹ BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 47.

²⁰ ALEXY, diferentemente de DWORKIN, não faz uma distinção entre “princípios” e “políticas”. Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 77 ff. Na tradução espanhola: p. 88 e ss.

²¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 75-76. Na tradução espanhola: p. 86-87.

²² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 75 ff. Na tradução espanhola: p. 86 e ss.

²³ Como as regras contêm uma fixação e não um *mandado de otimização*, a diferença entre esses dois tipos de normas é qualitativa e não de grau de generalidade (critério mais utilizado para a sua separação). Cf. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 76-77. Na tradução espanhola: p. 86-87.

²⁴ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 76. Na tradução espanhola: p. 87.

²⁵ A decisão de qual das regras deve ser declarada inválida realiza-se por meio dos critérios hermenêuticos para a solução de antinomias que existem nos ordenamentos jurídicos, como, por exemplo: *lex specialis derogat legi generali* e *lex posterior derogat legi priori*.

²⁶ HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Direito e democracia*, Canoas, vol. 1, n. 1, 1º sem. 2.000, p. 119.

²⁷ ALEXY cita diversos autores que utilizam o critério da *generalidade* para distinguir as regras dos princípios: J. RAZ, J. C. CHRISTIE, G. HUGHES, A. SIMONIOUS. ALEXY também cita dois autores contrários ao uso desse critério: J. ESSER e K. LARENZ. Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 73, Fußnote 9. Na tradução espanhola: p. 133, nota 9.

ALEXY critica os modelos de normas que são puramente de regras ou puramente de princípios, e sustenta um modelo combinado de regras e princípios.²⁹ Para verificar, então, se uma dada determinação de direito fundamental (*Grundrechtsbestimmung*)^{30,31} estatui uma regra ou um princípio, é necessário verificar se ela realizou uma fixação ou não no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.³² As fixações (regras) contidas nas determinações de direito fundamental têm, contudo, um caráter incompleto. Elas não possibilitam em todos os casos uma decisão livre de ponderação, sempre haverá situações em que, tendo em conta os princípios contrários, será necessário um afastamento da literalidade do texto.³³

2.2 Os direitos fundamentais como normas de princípio

Tendo em conta que as normas jurídicas podem ser de dois tipos, um que concede posições jurídicas limitáveis (princípios) e outro que não (regras), cabe colocar a questão, a fim de resolver o problema de se os direitos fundamentais são direitos limitáveis, de se as determinações de direito fundamental estatuem regras ou princípios.

É pacífico que as determinações de direito fundamental são formuladas de forma aberta, pouco precisa.³⁴ Além disso, são positivados direitos

²⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 76-77. Na tradução espanhola: p. 87.

²⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 121. Na tradução espanhola: p. 133.

³⁰ O tradutor de ALEXY para o espanhol traduz o termo *Grundrechtsbestimmung* por *disposición de derecho fundamental* (disposição de direito fundamental).

³¹ Uma determinação de direito fundamental é um caso especial de proposição, especificamente, uma proposição que expressa uma norma de direito fundamental. Conferir: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 54. Na tradução espanhola: p. 63. Conferir também: BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 27.

³² Fixação essa que é feita, normalmente, por meio de cláusulas de barreira e tipos abstratos de garantias diferenciadas. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 121. Na tradução espanhola: p. 133.

³³ Para sustentar isso ALEXY recorre a uma decisão do TCF. Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 122. Na tradução espanhola: p. 135.

³⁴ DWORKIN afirma de forma enfática: “A maioria das constituições contemporâneas expõem os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que “diminua a liberdade de expressão.”” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla e de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.) KONRAD HESSE, no mesmo sentido da abertura das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, observa que: “(...) La constitución no es un sistema cerrado y omnicompreensivo; no contiene una codificación, sino un conjunto de principios concretos y elementos básicos do ordenamiento jurídico de la comunidad, para el que ofrece una norma marco.” HESSE, Konrad, *Constitución y derecho constitucional*, In: ___ *Manual de Derecho Constitucional*, editado e traduzido por

fundamentais que conduzem a exigências conflitantes entre si. Assim, excepcionalmente se segue diretamente de sua proposição, por meio do processo lógico da subsunção,³⁵ uma decisão jurídica (uma proposição normativa singular).³⁶ Dito de outra forma: em consequência dessa formulação lapidar com que vêm positivados somente em poucos casos a aplicação de uma norma de direito fundamental pode resolver-se com base nas determinações do constituinte.³⁷

As normas associadas às determinações de direito fundamental³⁸ normalmente adquirem, então, a qualidade de princípios. Mesmo quando eles vêm positivados com uma fixação nos âmbitos fático e jurídico, como demonstra ALEXY, conserva a importância, por detrás do nível de regra, o nível de princípio. Destarte, devem ser considerados, em primeiro lugar, mandados de otimização de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, sendo, portanto, por definição, limitáveis nos moldes da teoria externa.

3 O conceito de barreira e de limitação de direito fundamental

Essas conclusões obtidas no item anterior nos fornecem um substrato teórico para buscarmos uma definição precisa do termo “limitação de direito fundamental” (*Grundrechtseinschränkung*) e também do termo, com ele entrelaçado, “barreira de direito fundamental” (*Grundrechtsschranke*).³⁹

Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administração Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais S.A., 1996, p. 6, n. m. 15.

³⁵ Para uma crítica da utilização do método subsuntivo diante de conceitos indeterminados, cf.: KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: _____ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 184-185.

³⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 17 f. Tradução espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23 ss.

³⁷ Essa formulação lapidar, por sua vez, é um reflexo de uma das marcas características dos direitos do homem que os distinguem dos outros direitos, qual seja: a sua abstratividade. Acerca das marcas características dos direitos do homem e, em especial, de sua abstratividade, conferir: ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático*. In: _____ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 45 ss.

³⁸ Vale sinalar que estamos nos referindo às normas associadas às “determinações de direito fundamental” (*Grundrechtsbestimmung*), não às “normas de direito fundamental associadas” (*Zugeordnete Grundrechtssnormen*). Sobre essas conferir: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 57 ff. Na tradução espanhola: p. 66 ss.

³⁹ O termo *Grundrechtsschranke* é familiar na cultura jurídica alemã. Traduzimos ele, seguindo a orientação de HECK, com o termo *barreira de direito fundamental*. O tradutor do livro de ALEXY *Theorie der Grundrechte* para o espanhol traduz tanto *Grundrechtseinschränkung* como

As limitações das posições jurídico-fundamentais *prima facie* são decorrentes de necessidades externas aos direitos fundamentais garantidores dessas posições, e nunca de necessidades “iminentes” a esses direitos. Agora, cabe acrescentar que elas são efetuadas por normas formais e materialmente conformes à constituição, pois uma norma que não o seja e afete um direito fundamental será uma intervenção anticonstitucional, e como tal nunca conduzirá a uma limitação (*Einschränkung*). Uma norma (princípio ou regra) é, então, uma “barreira de direito fundamental” quando limita posições jurídico-fundamentais *prima facie*. Com isso, contudo, não foi alcançado muito, pois não foi estabelecido qual o significado de limitar, tendo somente sido afirmado que as barreiras são normas e que são conformes à Constituição.⁴⁰

A fim de estabelecer o exato significado do referido termo pode partir-se de um exemplo.⁴¹ Antes da vigência do art. 65 da Lei 9503 (Código de Trânsito Brasileiro) não havia nenhuma regra jurídica obrigando os motoristas a usarem o cinto de segurança. Assim, os condutores tinham, em virtude do princípio da liberdade jurídica geral, uma liberdade *prima facie* de usarem ou não o cinto de segurança. Tão logo entrou em vigor esse dispositivo foi eliminada essa liberdade *prima facie*, surgindo uma não liberdade definitiva de igual conteúdo. Como nos ensina ALEXY, nisso reside o significado do termo *limitação*. Assim sendo, é possível dizer que “uma regra (de acordo com a Constituição) é uma barreira de direito fundamental quando, em sua validade, em lugar de uma liberdade *prima facie* jurídico-fundamental ou de um direito *prima facie* jurídico-fundamental, põe-se um não direito definitivo de igual conteúdo ou uma não liberdade definitiva de igual conteúdo”.⁴²

Conforme exposto, as normas dividem-se em regras e princípios. Já foi referido que as regras podem ser barreiras de direito fundamental. Cabe colocar, então, a questão de se também princípios o podem ser. Como observa ALEXY, quando o TCF diz que “direitos fundamentais colidentes de terceiros

Grundrechtsschranke com o termo *restricción* (restrição). Cf.: ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 249. Na tradução espanhola: p. 267.

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 253-254. Na tradução espanhola: p. 272.

⁴¹ O exemplo aqui dado baseou-se no fornecido em: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 255-256. Na tradução espanhola: p. 274.

⁴² A definição acima apresentada é uma tradução feita seguindo a orientação de HECK. No original: “Eine (Verfassungsgemässe) Regel ist eine Grundrechtsschranke, wenn bei ihrer Geltung an die Stelle einer grundrechtlichen *prima facie*-Freiheit oder eines grundrechtlichen *prima facie*-Rechts eine inhaltsgleiche definitive Nicht-Freiheit oder ein inhaltsgleiches definitive Nicht-Rechts tritt.” ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 255. Na tradução espanhola: p. 274.

e outros valores jurídicos dotados de hierarquia constitucional” (*kollidirende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte*) podem limitar direitos fundamentais,⁴³ refere-se às barreiras de direito fundamental que têm o caráter de princípios.⁴⁴ Um princípio limitante (ou seja, um princípio que no caso concreto é uma barreira ao direito fundamental), diferentemente de uma regra, não pode, por si só, converter a posição jurídica *prima facie* (por exemplo, um direito, uma liberdade ou uma competência) em uma posição jurídica definitiva (um não direito, uma não liberdade ou uma não competência). Para se chegar a esse resultado é sempre necessário realizar um jogo de razões e contra-razões entre o princípio que garante o direito fundamental e o(s) princípio(s) limitantes. O(s) princípio(s) que colide(m) com o direito fundamental são razões contrárias a esse direito, limitando materialmente, portanto, o seu alcance. Assim, pode-se afirmar, junto com ALEXY, que “um princípio é uma barreira de direito fundamental, quando existem casos nos quais é um fundamento para isto, que no lugar de uma liberdade *prima facie* jurídico-fundamental ou de um direito *prima facie* jurídico fundamental, põe-se uma não liberdade definitiva de igual conteúdo ou um não direito definitivo de igual conteúdo”.⁴⁵

A partir do afirmado resta claro que a “limitação (*Einschränkung*) de direito fundamental” é algo diferente da “barreira de direito fundamental” (*Grundrechtsschranke*). O conceito de limitação está entrelaçado com o de barreira, mas dele diferencia-se claramente. A “limitação” é a exclusão de uma proteção jurídico-fundamental *prima facie*, ou pelo menos a diminuição de seu alcance,⁴⁶ que ocorre em virtude de normas limitantes (“barreiras”).

Como ficou dito na introdução deste artigo, a teoria aqui apresentada está voltada para as normas de direitos fundamentais clássicos (direitos de defesa). Os outros tipos de direitos fundamentais, como os sociais, por exemplo, por possuírem uma estrutura⁴⁷ diversa, apresentam também particularidades no

⁴³ BVerfGE 28, 243, (261). Decisão citada por: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 256. Na tradução espanhola: p. 275.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A definição acima apresentada é uma tradução feita seguindo a orientação de HECK. No original: “Ein Prinzip ist eine Grundrechtsschranke, wenn es Fälle gibt, in denen es ein Grund dafür ist, dass an die Stelle einer grundrechtlichen *prima facie*-Freiheit oder eines grundrechtlichen *prima facie*-Rechts eine inhaltsgleiche definitive Nicht-Freiheit oder ein inhaltsgleiche definitive Nicht-Recht tritt.” ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 257. Na tradução espanhola: p. 275-276.

⁴⁶ No caso de a barreira ser um princípio e não uma regra.

⁴⁷ Como observa BOROWSKI, a interpretação das normas não se relaciona somente com seu conteúdo em sentido estrito, mas também com a determinação das categorias estruturais a que elas pertencem: como normas vinculantes e não vinculantes, normas meramente objetivas ou direitos subjetivos, regras e princípios. Cf.: BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 106-107.

que toca à forma como se dá a sua limitação. Não obstante isso, vale sinalar que as definições apresentadas neste item também se aplicam, fundamentalmente, aos outros tipos de direitos fundamentais.

Cabe também referir, a fim de bem delimitar o âmbito de aplicação dos conceitos, que as definições apresentadas direcionam-se apenas para as normas de mandado e proibição,⁴⁸ não sendo as normas de competência, portanto, por elas abarcadas.⁴⁹

Muitos autores põem em destaque a ideia de que grande parte dos direitos fundamentais, para tornarem-se eficazes, necessita de uma atividade do legislador totalmente distinta da imposição de normas limitativas. Fala-se então, por exemplo, da “*organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida*” que os direitos fundamentais devem garantir.⁵⁰ Utilizam-se também os termos *concretização*,⁵¹ *regulação*, *configuração*.⁵²

As normas de mandado e proibição não podem ser configuradoras em sentido estrito, sendo que são, por definição, limitantes (*einschränkend*). Podem ser normas não limitantes de direito fundamental, então, unicamente, as normas de competência, ou seja, normas que conferem capacidade para modificar posições jurídicas. Dito isto, coloca-se a questão de como as normas de competência configuradoras dos direitos fundamentais relacionam-se com as limitações.

A derrogação das normas que tratam da alienação da propriedade conduziria a uma limitação, sendo que, ao diminuir a capacidade de disposição do proprietário, dificultaria a realização do princípio jurídico-fundamental que garante o direito de propriedade, diminuindo o seu alcance.⁵³ Generalizando essa constatação, é possível afirmar que quando o legislador infraconstitucional eliminar uma competência, e, com isso, dificultar a realização de um princípio jurídico-fundamental não se estará diante de uma simples configuração, mas sim de uma limitação, devendo essa, enquanto tal, ser justificada.⁵⁴

⁴⁸ Acerca das normas de mandado e proibição conferir: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 179 ff. Na tradução espanhola: p. 194 ss.

⁴⁹ Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 254-256. Na tradução espanhola: p. 272-274.

⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 247, n. m. 303.

⁵¹ Conferir, por todos, HESSE, Konrad. *Elementos...*, p. 248, n. m. 305.

⁵² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 300 ff. Na tradução espanhola: p. 320 ss.

⁵³ Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 303. Na tradução espanhola: p. 325.

⁵⁴ Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 306. Na tradução espanhola: p. 328.

4 Tipos de barreiras de direito fundamental

Como a Constituição não pode, obviamente, estabelecer por si só e de antemão todas as barreiras de direito fundamental, em muitas ocasiões ela confere essa função ao legislador.⁵⁵ Mas como os direitos fundamentais vêm positivados na Constituição, sendo, portanto, normas de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por normas que não estejam previstas no texto constitucional se essas estiverem sustentadas por normas de hierarquia constitucional. Essas normas devem provir do Poder Legislativo. Dada a importância dos direitos fundamentais, e, tendo em conta que as reservas legais somente fazem referência à lei como atividade limitadora, fica excluída a possibilidade de o Poder Executivo editar normas que limitam esses direitos sem estar autorizado a isso por lei.

Assim, é possível afirmar que os direitos fundamentais são somente limitados por ou sob a base de normas de hierarquia constitucional. Tendo isso em conta, é possível classificar, como faz ALEXY, as barreiras em: diretamente e indiretamente constitucionais.

4.1 Barreiras diretamente constitucionais

Barreiras diretamente constitucionais são aquelas que estão constantes em ou são normas constitucionais completas. Dividem-se em escritas e não escritas.⁵⁶

As barreiras diretamente constitucionais escritas estão estabelecidas em cláusulas de barreira (*Schrankenklause*l). Uma cláusula de barreira é a parte da norma completa de direito fundamental que diz como está limitado ou pode ser limitado o que o direito fundamental garante *prima facie*.⁵⁷ Um exemplo é a cláusula “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, constante no art. 5º, inciso XI, da CF. Essa cláusula estatui uma barreira diretamente constitucional, uma vez que quando preenchidas as condições previstas no seu tipo abstrato, o direito fundamental de defesa *prima facie* (que o indivíduo possui frente ao Estado a que esse não entre em sua casa), transforma-se em um não direito definitivo.

As barreiras diretamente constitucionais não escritas, por sua vez, se referem aos princípios que, em determinados casos, colidem com o princípio que garante o direito fundamental e, portanto, limitam materialmente o seu

⁵⁵ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In:___ BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996, p. 109, n. m. 64.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 259. Na tradução espanhola: p. 278.

⁵⁷ *Ibidem*.

alcance.⁵⁸ Um direito fundamental que vem positivado sem cláusula de barreira e sem reserva legal (chamado frequentemente de ilimitável (*uneinschränkbare*)) somente poderá ser limitado dessa forma, ou seja, na hipótese de outro princípio de hierarquia constitucional colidir com ele em um caso concreto. A seguinte fórmula do TCF dispõe no sentido de ser possível essa forma de limitação: “(...) direitos fundamentais colidentes de terceiros e outros valores jurídicos dotados de hierarquia constitucional... em consideração à unidade da constituição e ao ordenamento de valores total por ela protegida, excepcionalmente, estão em condições de limitar também direitos fundamentais ilimitáveis em algumas relações”.⁵⁹

E em nossa Constituição, a possibilidade de se limitarem direitos fundamentais “ilimitáveis” é reconhecida pelo STF? Ao que parece, sim. Um exemplo: o art. 5º, XII, da CF é norma de direito fundamental que contém uma barreira escrita, a qual limita o direito fundamental ao sigilo das *comunicações telefônicas* ao prescrever que elas podem ser interceptadas “por ordem judicial”. Ocorre que STF entende que é também possível que a administração penitenciária intercepte as *correspondências* de presos sempre que o seu sigilo estiver sendo utilizado como instrumento de salvaguarda de “práticas ilícitas”.^{60,61} Assim sendo, seria possível entender essa limitação reconhecida pelo STF, seguindo a teoria alexyana das barreiras dos direitos fundamentais e independentemente do modo como o STF a compreende, como decorrente de uma barreira de direito fundamental não escrita, uma vez que é admitida a possibilidade de uma norma de direito fundamental formulada sem cláusula de barreira ser limitada diretamente.

À primeira vista parece correto concluir que a aceitação da existência de barreiras diretamente constitucionais não escritas traz a consequência de que o Poder Executivo pode, somente com base na prevalência de princípios constitucionais opostos (sem o apoio de lei), intervir nos direitos fundamentais.⁶² Todavia, essa conclusão, como demonstra ALEXY, revela-se incorreta. Ela é incorreta porque não leva em conta o fato de que, junto com as normas que

⁵⁸ Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 262. Na tradução espanhola: p. 281.

⁵⁹ Tradução de: “kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte... mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise imstande (sind), auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen.” BVerfGE 28, 243 (261). Decisão citada por: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 262. Na tradução espanhola: p. 281.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma, HC nº 70814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24 de jun. de 1994. Disponível em: <<http://www.rt.com.br/JurisOnline/resultados.aspx?txt=Salvaguada%20de%20pr%c3%a1ticas%20il%c3%aditas>>. Acessado em: 29 jan. 2009.

⁶¹ Note-se que o sigilo de correspondência não está abarcado pela cláusula de barreira do referido artigo. Ver, a respeito, o item “7.2”.

⁶² ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 262-263. Na tradução espanhola: p. 281-282.

garantem os direitos fundamentais, encontram-se princípios que garantem as posições formais fundamentais.⁶³ Essas se referem às condições formais da atuação dos três poderes no âmbito dos direitos fundamentais. Entre elas se encontram a manutenção da ordem de competências constitucional e o cumprimento das prescrições procedimentais.⁶⁴ Assim, mesmo havendo uma colisão de princípios que conduza a uma limitação em um direito fundamental, o Poder Executivo não poderá com base nisso, em não havendo autorização legal, intervir nesse direito. Como se percebe, na decisão acima o STF não decide nesse sentido, sendo que, ao julgar constitucional a medida das administrações das penitenciárias de interceptar cartas de presidiários, considera também constitucional, como não há lei autorizando essa medida, uma intervenção em um direito fundamental efetuada pelo Poder Executivo somente com base em princípios contrapostos.

4.2 Barreiras indiretamente constitucionais

São normas infraconstitucionais que limitam direitos fundamentais. Essas barreiras têm que estar sustentadas, como já afirmado,⁶⁵ por princípios constitucionais. De fato, sua imposição deve estar autorizada pela Constituição. Se o ato que intervém no direito fundamental, cujo sentido subjetivo é ser um ato jurídico (no caso uma lei), não está sustentado por princípios constitucionais,⁶⁶ não será um ato jurídico objetivamente,⁶⁷ isso porque ele é antijurídico.⁶⁸ Constituirá uma intervenção anticonstitucional nos direitos fundamentais, nunca uma barreira de direito fundamental; isso porque a lei, sendo norma de hierarquia inferior à da norma de direito fundamental na estrutura escalonada do ordenamento jurídico,⁶⁹ violará o princípio da supremacia da Constituição, sendo, com isso, nula.⁷⁰

Portanto, para o estabelecimento das barreiras de direito fundamental indiretamente constitucionais é necessário que o legislador tenha *competência*. Essa competência vem expressa nas reservas legais (*Gesetzvorbehalte*), as

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Item “4”.

⁶⁶ Não estando sustentado por princípios constitucionais o ato que intervém nos direitos fundamentais violaria o conteúdo da norma superior.

⁶⁷ Acerca da significação jurídica do ato, conferir: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3.

⁶⁸ Cf.: HECK, Luís Afonso. *Jurisdição Constitucional: Teoria da Nulidade versus Teoria da Nulificabilidade das Leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 41.

⁶⁹ Quanto ao sentido de “hierarquia inferior” e “estrutura escalonada (ou piramidal) do ordenamento jurídico”, conferir: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 246-247.

⁷⁰ BOROWSKI. *La estructura...*, p. 81-82.

quais, por sua vez, são estabelecidas em cláusulas de reserva (*Vorbehaltklauseln*).⁷¹ As primeiras dizem respeito à perspectiva do direito, as segundas à perspectiva da norma. Pode-se, assim, definir uma reserva legal jurídico-fundamental como uma norma de hierarquia constitucional por meio da qual se confere competência (autorização) ao legislador para estabelecer barreiras de direito fundamental;⁷² e uma cláusula de reserva como uma determinação ou parte de uma determinação de uma norma completa de direito fundamental que autoriza, explícita ou implicitamente, limitações, intervenções ou restrições.⁷³

Como se depreende dessas definições, as reservas legais não se confundem com as barreiras de direito fundamental, uma vez que não transformam um direito fundamental *prima facie* em um não direito (não o limitam), mas sim que somente criam a possibilidade jurídica para tanto.⁷⁴

Para bem compreender a sistemática das barreiras de direito fundamental convém realizar mais algumas distinções. Segundo a competência para o estabelecimento de barreiras esteja ou não expressa nas normas constitucionais, por um lado, é possível classificar as cláusulas de reserva em: explícitas e implícitas. Está-se diante das primeiras, então, quando a determinação de direito fundamental, ou parte dela, expressamente autoriza intervenções, limitações ou restrições.⁷⁵ Está-se diante das segundas quando o texto constitucional meramente faz referência a leis ordinárias como limitações. De fato, como afirma ALEXY, cada vez que se faz referência a leis ordinárias como barreiras, é estabelecida uma competência para a sua edição.⁷⁶

Observando o art. 5º de nossa Constituição Federal nota-se que os dispositivos ali presentes não contêm, diferentemente da Lei Fundamental alemã, autorizações expressas ao legislador para que ele realize intervenções, limitações ou restrições (*Eingriffen, Einschränkungen, Beschränkungen*) nos direitos fundamentais, mas somente referências à lei ordinária como limitante. De fato, nesses dispositivos encontram-se expressões como “nos termos da

⁷¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 263-264. Na tradução espanhola: p. 282.

⁷² Comparar a definição aqui apresentada com as observações de ALEXY a respeito das reservas legais jurídico-fundamentais: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 254-255. Na tradução espanhola: p. 273.

⁷³ Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 263. Na tradução espanhola: p. 282.

⁷⁴ Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 254-255. Na tradução espanhola: p. 272-273.

⁷⁵ Um exemplo é o art. 2º, al. 2ª, fr. 2ª, da Lei Fundamental alemã: “(1) Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que ele não viole o direito de outros e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral (2) cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável, nesses direitos somente com base em uma lei pode ser intervindo.” Texto transcrito de: MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 305.

⁷⁶ Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 263-264. Na tradução espanhola: p. 282-283.

lei”,⁷⁷ “senão em virtude de lei”,⁷⁸ “na forma da lei”,⁷⁹ ou seja, cláusulas de reservas implícitas. Na doutrina nacional, é tradicional a classificação das normas constitucionais,⁸⁰ em relação a sua aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada. Segundo essa classificação, as normas de eficácia contida são as aquelas em “que o legislador constitucional regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação limitativa por parte da competência discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”,⁸¹ como, por exemplo, o art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.⁸² Como se percebe, as normas que vêm positivadas com cláusula de barreira implícita serão classificadas, de regra, como de eficácia contida segundo a classificação tradicional na doutrina pátria. Isso não significa, de modo algum, que haja correspondência de significado entre os dois conceitos.

Por outro lado, conforme competência para estabelecer barreiras seja concedida sem nenhuma limitação ou experimente uma limitação de conteúdo (a limitação somente pode ser efetuada sob determinados pressupostos),⁸³ é possível classificar as reservas legais jurídico-fundamentais, respectivamente, em: simples e qualificadas.⁸⁴

As reservas legais *simples* também podem ser denominadas *reservas legais ordinárias*. Geralmente autorizam o legislador para a limitação de direitos de liberdade (por exemplo, art. 2º, al. 2ª, fr. 3ª, da LF).⁸⁵

Exemplos de reservas de lei qualificadas são os artigos 5º, al. 2ª, LF,⁸⁶ e 6º, al. 3ª,⁸⁷ LF.

⁷⁷ Por exemplo, o art. 5º, VII: “é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.”

⁷⁸ Por exemplo, o art. 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo *senão em virtude de lei*.”

⁷⁹ Por exemplo, o art. 5º, VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e as liturgias.”

⁸⁰ Elaborada por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993, p. 165.

⁸¹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89-91. Citado por: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7.

⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 7.

⁸³ Um exemplo é o art. 11, al. 2ª, da LF, acima transcrito. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 264. Na tradução espanhola: p. 283.

⁸⁴ Conforme: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 264. Na tradução espanhola: p. 282-283.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Essa norma assim dispõe: “esses direitos encontram suas barreiras nas prescrições de leis gerais, determinações legais para a proteção da juventude e no direito da honra pessoal.” Texto transcrito de: MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 306.

Vale ressaltar que é necessário que haja reserva legal não apenas para o legislador limitar diretamente um direito fundamental por meio da edição de uma barreira, mas também para que ele possa conferir competência aos demais órgãos estatais para que esses estabeleçam uma norma limitante (barreira), precisando os requisitos do tipo abstrato.⁸⁸ Uma vez que as reservas de lei somente autorizam o legislador a limitar os direitos fundamentais, os demais poderes estatais não dispõem de competência para estabelecer barreiras de forma autônoma.⁸⁹

5 Sobre a competência para a edição de barreiras

Na edição de barreiras de direito fundamental indiretamente constitucionais é necessário observar aspectos formais (competência, procedimento e forma) e materiais.

Materialmente, a competência do legislador para o estabelecimento de barreiras está limitada não somente pelas condições previstas nas cláusulas de reserva qualificadas, mas também pelo princípio da proporcionalidade, e, consequentemente, pelo mandamento de ponderação.⁹⁰ Assim, o legislador somente poderá empregar um meio que intervém nos direitos fundamentais quando de modo adequado, necessário e conveniente, perseguir uma finalidade legítima.⁹¹ Dada a complexidade do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e também a importância que ele representa na limitação da competência da atividade limitativa dos direitos fundamentais, nós o estudaremos, a seguir,⁹² separadamente.

Formalmente, os principais exemplos de requisitos que limitam a competência para o estabelecimento de barreiras são as regras sobre o procedimento (“processo”) legislativo previstas na Constituição. E quanto ao conhecidíssimo caráter de generalidade e de precisão das leis, constitui também uma limitação formal da competência do legislador para o estabelecimento de barreiras?

⁸⁷ Essa norma assim dispõe: “contra a vontade dos titulares do direito de educação podem os filhos ser separados da família somente com base em uma lei, quando os titulares do direito de educação fracassam ou quando os filhos, por outros fundamentos, ameaçam ficar descuidados.” Texto transcrito de: HARTMUT, Maurer. *Contributos...*, p. 306.

⁸⁸ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996, p. 110, n. m. 66.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 364. Na tradução espanhola: p. 283.

⁹¹ LOTHAR, Michael. *As estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios de igualdade*. Tradução de Luís Afonso Heck. P. 2. (No prelo).

⁹² Item “5.1”.

Certamente pertencem a natureza da lei sua vigência geral e sua suficiente precisão. Contudo, como coloca ERIC BÜLLOW, não devemos interpretar isso no sentido de que leis que não satisfaçam tais parâmetros sejam automaticamente anticonstitucionais.⁹³ Assim, ainda segundo o referido autor, a característica de vigência geral das leis não exclui leis singulares.⁹⁴

Acreditamos que a conclusão acima é válida, mas não no que diz respeito às barreiras de direito fundamental. Na Constituição alemã há determinação expressa proibindo que sejam singulares as leis que limitam direitos fundamentais (barreiras): *a lei deve valer geral e não somente para o caso particular* (art. 19, al. 1^a, LF).⁹⁵ Em nossa Constituição, não há dispositivo semelhante, ou seja, que exclua a possibilidade de o legislador editar uma barreira singular. Não obstante, acreditamos que é possível chegar argumentativamente a esse resultado. De fato, há vários dispositivos em nossa Constituição indicando que os direitos fundamentais representam a principal garantia dos cidadãos perante o Estado. Portanto, uma lei singular que limita um direito fundamental contradiz, a despeito da inexistência de norma expressa a esse respeito, à Constituição, sendo, por isso, anticonstitucional.⁹⁶

Quanto à característica da precisão das leis, segundo a jurisprudência do TCF, o legislador também está limitado pelo mandamento de precisão e clareza das normas (*Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit*). O “princípio de precisão” (*Bestimmtheitsgrundsatz*) deve “assegurar que o dador de leis parlamentar, democraticamente legitimado, tome as decisões essenciais sobre intervenções de direitos fundamentais e seu alcance, que o governo e administração encontrem na lei critérios de atuação condutores e limitadores acerca das intervenções em direitos fundamentais e de seu alcance e que os tribunais possam realizar o controle jurídico”.⁹⁷ Além disso, o motivo (*Anlass*),

⁹³ BÜLLOW, Eric. *La Legislación*. In: ___ BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996, p. 752, n. m. 54.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ HARTMUT, Maurer. *Contributos...*, p. 308.

⁹⁶ LUIZ FERNANDO CALIL DE FREITAS também entende não ser admissível a edição de uma barreira singular. Esse autor assevera que: “Afora todo o afirmado, não é suficiente que se trate de lei (em sentido formal e material) o instrumento pelo qual se estabeleça afetação desvantajosa a direitos fundamentais, é preciso que a lei seja clara, geral e abstrata, voltada à produção de efeitos para o futuro, (...)” FREITAS, LUIZ FERNANDO CALIL DE. *Direitos fundamentais...*, p. 189.

⁹⁷ Tradução de: “Es soll sicherstellen, dass der demokratisch legitimierte Parlamentsgesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen über Grundrechtseingriffe und deren Reichweite selbst trifft, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können.” BVerfG, 1 BvR 370/07 vom

a finalidade (*Zweck*) e os limites (*Grenzen*) da intervenção devem, na autorização de intervenção, ser fixados de forma específica, precisa e clara.⁹⁸ Vale sinalar que, como coloca LUÍS AFONSO HECK, as exigências do preceito estatal-jurídico da precisão são tanto mais rigorosas quanto mais intensiva é a intervenção nos direitos fundamentais.⁹⁹

5.1 O princípio da proporcionalidade em sentido amplo

O princípio da proporcionalidade¹⁰⁰ é de central importância para a teoria das barreiras dos direitos fundamentais. As limitações ocorrem por meio do estabelecimento de normas (barreiras) e para isso é necessário haver competência. Para que haja competência, como já afirmado no item anterior, não é somente necessário o respeito a aspectos procedimentais, mas também o atendimento de exigências constitucionais materiais. A determinação de se essas exigências materiais estão sendo cumpridas ou não somente pode ser realizada por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

5.1.1 Conceito e fundamentação

Como observa MICHAEL LOTHAR, o conceito de proporcionalidade representa distintos processos de argumentação que, de modo nenhum, estão

27.2.2008, Absatz-Nr. (209). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 15 jan. 2009.

⁹⁸ Cf.: BVerfG, 1 BvF 3/92 vom 3.3.2004, Absatz-Nr. (106). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20040303_1bvf000392.html>. Acessado em: 17 jan. 2009. Cf. também: BVerfG, 1 BvR 1550/03 vom 13.6.2007, Absatz-Nr. (94). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20070613_1bvr155003.html>. Acessado em: 17 jan. 2009. Especificamente sobre a finalidade da intervenção, cf.: BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006, Absatz-Nr. (149-153). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060404_1bvr051802.html?Suchbegriff=518%2F02>. Acessado em: 11 fev. 2009.

⁹⁹ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 201 e 202. HECK observa ainda que o critério para a precisão da lei relativa a limitações da liberdade deve ser tomado do preceito estatal jurídico da precisão geral, o qual decorre do art. 20, al. 3^a, da LF. *Ibidem*.

¹⁰⁰ ALEXY chama de “proposição fundamental” (*Grundsatz*) da proporcionalidade. Em uma nota de pé-de-página, refere que é comum designá-la de “princípio” (*Prinzip*) da proporcionalidade, mas que a proporcionalidade não é um princípio no sentido por ele exposto. ALEXY, tendo em conta que os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito não participam da ponderação e que as condições neles previstas ou são satisfeitas ou não são, apresentando sua não satisfação como consequência a ilegalidade, considera que esses subprincípios ou máximas parciais devem ser classificados como regras. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 100, Fußnote 84. Na tradução espanhola: p. 112, nota 84.

sujeitos ao mesmo esquema de argumentação.¹⁰¹ Isso ocorre porque os direitos fundamentais apresentam diferentes estruturas, podendo assim ser divididos em: direitos de defesa (clássicos), direito geral de igualdade e direitos a prestações em sentido amplo. Agora será tratada apenas da estrutura de argumentação da proporcionalidade que se refere aos direitos fundamentais clássicos: a proibição de excesso como barreira perante intervenções em liberdades.

O TCF aduz que o princípio da proporcionalidade deriva da própria “essência dos direitos fundamentais”.¹⁰² Isso pode ser entendido, partindo do modelo dos princípios, no sentido de que as normas de direito fundamental têm o caráter de princípios e de que o princípio da proporcionalidade se extrai logicamente de seu conceito.

De fato, como afirma ALEXY, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo – com seus três subprincípios (*Teilgrundsätzen*): a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – resulta logicamente¹⁰³ do caráter de princípio. A proporcionalidade em sentido estrito é consequência de que os princípios são mandados de otimização relativos às possibilidades jurídicas. Os subprincípios da adequação e da necessidade, por outro lado, são consequência do caráter de princípios como mandados de otimização relativos às possibilidades fáticas.¹⁰⁴ No presente artigo tratar-se-á apenas da proporcionalidade em sentido estrito. Ela representa, sem dúvida, a mais importante limitação de competência do legislador na edição de barreiras e sobre ela pairam, ainda, relevantes controvérsias.

¹⁰¹ LOTHAR, Michael. *As estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios de igualdade*. Tradução Luís Afonso Heck. P. 1-2. (No prelo).

¹⁰² BVerfGE 61, 126 (134), com referência à BVerfGE 19, 342 (347 ff.). Decisões citadas por: HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal...*, p. 176.

¹⁰³ ALEXY, em alguns momentos não fala em “seguimento lógico”, mas diz que o princípio da proporcionalidade é “deduzível” do caráter de princípio. Como observa HECK, quando ALEXY fala que o princípio da proporcionalidade resulta logicamente do caráter de princípio, isso deve ser entendido no sentido de implicação, e, quando fala que o princípio da proporcionalidade é deduzível do caráter de princípio, isso deve ser entendido no plano jurídico-constitucional. No plano jurídico-constitucional isso significa que o preceito da proporcionalidade é derivado do princípio do estado de direito porque está enraizado nele. Como o preceito da proporcionalidade é derivado do estado de direito, resulta então a consequência de que a sua violação constitui-se em uma violação da constituição e, portanto, o Tribunal Constitucional pode ser chamado, consequência essa que poderia valer também no Brasil. HECK, Luís Afonso. *Apresentação*. In: ____ Cachapuz, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 20, nota 24.

¹⁰⁴ Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie Grundrechte*, S. 101. Na tradução espanhola: p. 112-113.

O subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* exige que a intensidade da promoção do fim¹⁰⁵ tenha um peso maior ou igual¹⁰⁶ que o da intensidade de intervenção do direito fundamental. É necessário, por isso, que diante das circunstâncias do caso concreto o princípio ligado ao fim preceda, ou pelo menos se iguale, ao princípio que garante o direito fundamental atingido. A ponderação pode ser definida como o estabelecimento, diante de uma colisão de princípios jurídicos, das condições sob as quais um(s) princípio(s) tem precedência sobre outro(s) (proposição de preferência) e a fundamentação dessa proposição.¹⁰⁷ Logo, a proporcionalidade em sentido estrito exige a realização de uma ponderação, ou seja, ela implica o mandamento de ponderação (*Abwägungsgebot*).

Desse modo, uma dada medida estatal somente será proporcional em sentido estrito se, diante das circunstâncias do caso concreto, o princípio constitucional ligado ao fim que a sustenta preceder, ou ao menos se igualar, ao princípio que garante o direito fundamental atingido. Como é facilmente perceptível, se assim não fosse, não haveria uma otimização no âmbito das possibilidades jurídicas, que é constituído por vários princípios constitucionalmente legitimados.

O TCF segue uma regra importantíssima em suas ponderações, regra essa que ALEXY denomina *lei da ponderação*. Esse autor dá a seguinte formulação a ela: “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”¹⁰⁸

Ainda segundo ALEXY, analisando a lei da ponderação é possível distinguir três passos a serem seguidos na verificação de se uma norma que intervém em um direito fundamental é proporcional em sentido estrito ou não.¹⁰⁹ O primeiro consiste na comprovação do grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. O seguinte, na comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário.¹¹⁰ No terceiro, por fim, é feita a comprovação de se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.¹¹¹

¹⁰⁵ Fim esse que é idêntico a um ou exigido por um princípio constitucional.

¹⁰⁶ No caso de apresentar um peso igual haverá uma paridade ou empate na ponderação. Como coloca, acertadamente, o TCF, isso é suficiente para que a intervenção não esteja fora de proporção para com a proteção alcançada. Conferir: ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. In:___ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo...*, p. 87.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 143-144. Na tradução espanhola: p. 158.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In:___ *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. In:___ *Constitucionalismo...*, p. 133.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

5.1.2 Objeções à ponderação

Várias são as objeções levantadas contra a ponderação.¹¹² Neste artigo analisar-se-á somente a principal delas, ou seja, a que afirma não ser ela um procedimento racional pelo motivo de não trazer nenhum parâmetro vinculante para a decisão de questões normativas.¹¹³ Se essa objeção for válida, então está abalada a teoria das barreiras dos direitos fundamentais aqui defendida, sendo que a ponderação é um conceito de central relevância para ela. Esse não é, contudo, o caso: a objeção da irracionalidade não se sustenta. Vejamos.

Sem dúvida, a ponderação não garante que pessoas diferentes não atribuam pesos diferentes aos princípios colidentes, e, assim, não é um procedimento de decisão que garanta certeza intersubjetiva acerca do seu resultado.¹¹⁴ Isso não significa, contudo, que ela seja um procedimento irracional. A impossibilidade de se chegar a uma certeza intersubjetiva não é um defeito específico seu. Não existe nenhum procedimento de decisão de questões normativas que seja capaz de gerar essa certeza,¹¹⁵ o que não implica que nenhuma decisão jurídica possa ser qualificada como racional.

A teoria dos princípios estrutura unicamente a forma segundo a qual se deve dar a argumentação, não é suficiente, portanto, para resolver o problema da fundamentação. É necessário, para isso, uma teoria externa à teoria dos princípios, ou seja, uma teoria da argumentação jurídica. É ela que deve demonstrar se é possível, e como, uma fundamentação racional da proposição de preferência.

A teoria alexyana da argumentação jurídica traz parâmetros para a fundamentação com base nos quais é possível qualificar uma decisão jurídica, tanto uma que envolve a aplicação de uma regra quanto uma que envolve a aplicação de princípios (e que, conseqüentemente, necessita de uma ponderação), como racional no marco do ordenamento jurídico vigente.¹¹⁶ A concepção de racionalidade dessa teoria é procedimental,¹¹⁷ sendo que um

¹¹² Essas objeções são claramente improcedentes. Para sua refutação, conferir: BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 59, p. 47 e 48, maio/agosto 2000.

¹¹³ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In: ____ *Constitucionalismo...*, p. 156.

¹¹⁴ Comparar: BOROWSKI, Martin. *La restricción...*, p. 46.

¹¹⁵ O que não significa que todas as decisões jurídicas devam ser qualificadas como irracionais. BOROWSKI, Martin. *La restricción...*, p. 46.

¹¹⁶ Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Tradução espanhola: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

¹¹⁷ Acerca do conceito de concepção de racionalidade procedimental comparar: ALEXY, Robert. *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*. *ARSP-Beiheft*, Stuttgart, N. 51, S. 14.

juízo jurídico poderá ser qualificado como racional se puder ser o resultado de um procedimento de fundamentação determinado pelas regras e formas (parâmetros) da argumentação jurídica racional.

Essa teoria distingue dois aspectos da justificação: a justificação interna e a justificação externa.¹¹⁸ O objeto da primeira é verificar se a decisão se segue logicamente das premissas aduzidas como fundamentação.¹¹⁹ Os problemas relacionados com ela têm sido discutidos sob o rótulo de silogismo jurídico.¹²⁰ Já o objeto da segunda é a correção dessas premissas.¹²¹

As regras jurídicas são normas suscetíveis, em sua aplicação, da realização de uma subsunção lógica sob premissas maiores de um silogismo jurídico. Nesse silogismo jurídico, a formulação da regra constitui¹²² a premissa maior, a descrição do caso (isto é, a descrição dos fatos) corresponde à premissa menor e a consequência jurídica determinada pela regra corresponde à conclusão.¹²³ A fundamentação da premissa maior na aplicação de uma regra não traz, de modo geral, grandes problemas.¹²⁴

Na aplicação de princípios jurídicos, pelo contrário, não é possível subsumir diretamente de sua formulação a decisão jurídica. De fato, somente depois de ponderado com o(s) princípio(s) colidente(s), é que se terá a proposição de preferência. Dele se segue uma regra concreta que diz que sob

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen...*, S. 273. Na tradução espanhola: p. 213-214.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*, S. 283 ff. Na tradução espanhola: p. 222 ss.

¹²² Mais precisamente: a formulação da regra constituirá, *de modo geral*, a premissa maior. De fato, se não é seguro que o tipo abstrato (T) da regra jurídica é aplicável a um indivíduo, então é necessário aduzir, ao menos, regras para o uso de T. Com a adução dessas regras, é possível considerar como premissa maior do silogismo uma proposição que é diferente da formulação da regra jurídica. Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen...*, S. 279, Fußnote 41. Na tradução espanhola, p. 219, nota 41.

¹²³ Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen...*, S. 273-274. Na tradução espanhola: p. 214.

¹²⁴ A fundamentação de uma regra jurídica consiste em demonstrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico ao qual essa regra pertence. Essa demonstração, em muitos casos, não é problemática, bastando uma referência à lei que se pressupõe como vigente. Mesmo sendo muito mais simples do que a verificação de se, no caso em questão, existem concretamente os pressupostos necessários para que se produza uma consequência jurídica, essa demonstração não é uma atividade puramente declarativa. Como observa KELSEN: “A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou júris-“dição” (“declaração” do Direito) nesse sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar no caso concreto. E mesmo essa determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura...*, p. 264.

as condições da proposição de preferência se segue a consequência jurídica do princípio precedente. Essa regra referida ao caso é que representará a premissa maior do silogismo do qual se extrairá a decisão jurídica.¹²⁵ Como se percebe, aqui não bastará uma simples referência a um texto legal para fundamentar a premissa maior.¹²⁶ A fundamentação externa será, portanto, muito mais complexa. Isso não significa, contudo, que ela não seja realizável, havendo várias formas de argumentos e regras da justificação externa que a tornam possível. Nessa fundamentação são utilizáveis:¹²⁷ os cânones de interpretação (exceto os argumentos semânticos),¹²⁸ os argumentos dogmáticos, os de precedentes, os práticos e os empíricos em geral, como também as formas de argumentos especificamente jurídicos.¹²⁹ Portanto, é possível fazer referência para a fundamentação da regra concreta, por exemplo, à vontade do legislador constitucional, aos consensos dogmáticos e às decisões anteriores.¹³⁰

Se considerarmos que ponderação é idêntica à lei da ponderação,¹³¹ para que ela possa ser qualificada como racional deve ser possível pronunciar decisões racionais acerca da intensidade da intervenção no direito fundamental, do grau de importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e acerca da relação dessas decisões.¹³² Os argumentos utilizados com essa finalidade serão relacionados especificamente à ponderação.¹³³ Uma maneira viável de mostrar que é possível, também, uma fundamentação

¹²⁵ Aqui é que entrará, na aplicação de princípios (colidentes), a justificação interna.

¹²⁶ Mais precisamente: se puder fundamentar racionalmente a proposição de preferência. Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 144. Na tradução espanhola: p. 159.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Os argumentos semânticos ficam excluídos dessa fundamentação quando, constatada a colisão, já se decidiu, em virtude do texto literal acerca de qual das determinações de direito fundamental em questão deve ser aplicada. Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 144. Na tradução espanhola: p. 159.

¹²⁹ ALEXY conceitua, de forma precisa, as diversas formas de argumentos e regras que devem ser seguidas na utilização desses seis tipos de argumentos. O autor também fundamenta porque seu uso está ligado a uma argumentação jurídica racional (v.g: o uso dos precedentes tem seu fundamento no princípio da universalidade, o qual, por sua vez, tem seu fundamento na universalidade das expressões descritivas). ALEXY descreve, ainda, o modo como essas formas de argumento devem ser empregadas para que confirmem racionalidade às decisões jurídicas (cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen...*). Demonstrar pormenorizadamente que ele consegue realizar isso seria o ideal para rebatermos de forma exaustiva a objeção de que estamos tratando: com isso, contudo, nos afastaríamos de forma demasiada do objeto deste artigo.

¹³⁰ Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 144. Na tradução espanhola: p. 159.

¹³¹ E que, portanto, ela não consiste simplesmente no estabelecimento da proposição de preferência.

¹³² Comparar: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In: _____ *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 109 e ss.

¹³³ Acerca da divisão entre argumentos relacionados e não relacionados especificamente à ponderação, conferir: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 144-145. Na tradução espanhola: p. 159-160.

relacionada especificamente à ponderação que seja racional é por meio de exemplos.¹³⁴ No final deste artigo,¹³⁵ analisaremos, como já foi referido na introdução, uma decisão do TCF referente ao chamado direito da internet (*IT-Recht*). Nessa decisão, o TCF realiza uma ponderação de princípios para determinar se uma norma que intervém no direito geral da personalidade é conforme ou não à Constituição. Por meio da análise dela demonstraremos, então, a possibilidade de fundamentação racional desse procedimento de decisões jurídicas.

6 A garantia do conteúdo essencial

Relacionada ao significado especial dos direitos fundamentais para a ordem constitucional está a aspiração de proteger e conservar a sua existência e eficácia.¹³⁶ Fruto dessa aspiração é o instituto da garantia do conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais. Ele aparece positivado no art. 19, al. 2ª, da LF,¹³⁷ que assim dispõe: “Em nenhum caso um direito fundamental pode ser tangido em seu conteúdo essencial” (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*).¹³⁸

Por meio desse dispositivo a Lei Fundamental procura, claramente, opor uma barreira material à competência do legislador de editar barreiras de direito fundamental, e, portanto, impedir uma escavação desses direitos por limitações excessivas.¹³⁹ A sua interpretação é objeto de polêmica. Existe uma série de teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Seguindo ALEXY, a presente investigação não tratará da exposição de toda essa discussão, somente verificará o que advém como resultado para ela tendo como base a teoria dos princípios.

Há interpretações subjetivas e objetivas desse dispositivo. De acordo com as interpretações subjetivas, o conteúdo essencial se refere aos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos;¹⁴⁰ segundo as interpretações objetivas, pelo contrário, o conteúdo essencial se relaciona com os direitos

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais...*, p. 111.

¹³⁵ Item “8.1.1”.

¹³⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 264, n. m. 328.

¹³⁷ Encontra-se positivado o conceito de “conteúdo essencial” de um direito fundamental também no art. 53, 1, da Constituição Espanhola.

¹³⁸ A tradução dessa norma aqui transcrita encontra-se em: MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 308.

¹³⁹ Comparar: HESSE, Konrad. *Elementos...*, p. 266, n. m. 332.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 267-268. Na tradução espanhola: p. 286-287.

fundamentais como instituições objetivas do ordenamento jurídico.¹⁴¹ Uma interpretação objetiva dirá, por exemplo, que os direitos fundamentais não podem ser limitados até o ponto de perderem toda a sua importância para a vida social, até não poderem mais “cumprir sua função objetiva”.¹⁴²

Uma teoria objetiva pode existir ao lado de uma teoria subjetiva, porém não substituí-la. O caráter dos direitos fundamentais como direitos endereçados aos indivíduos é uma razão muito forte a favor da teoria subjetiva. Ela, portanto, não pode ser substituída pela teoria objetiva.¹⁴³

6.1 Teoria absoluta *versus* teoria relativa

As teorias subjetivas do conteúdo essencial dividem-se em dois posicionamentos contrapostos: o da teoria absoluta e o da teoria relativa.

Segundo a primeira teoria, existe em cada direito fundamental um núcleo (*Kern*) que não depende de ponderação, no qual de modo nenhum é possível realizar uma intervenção.¹⁴⁴ Uma posição que está enquadrada nesse núcleo é garantida de forma tal que, independentemente de quão grande seja o peso das razões contrárias, nunca poderá ser limitada. Essa teoria conduz, contudo, a um dilema. É fácil afirmar que os direitos fundamentais possuem um núcleo absoluto, mas como fazer para apontar qual conteúdo tem esse núcleo?¹⁴⁵ De fato, as fórmulas em que estão redigidas as determinações de direito fundamental não fornecem nada que possa tornar possível a fixação de um núcleo, assim como tampouco os cânones de interpretação dos direitos fundamentais podem ajudar nessa tarefa.¹⁴⁶ Assim, a única maneira de fixar o seu conteúdo é realizar uma ponderação do princípio que garante o direito fundamental com os princípios opostos. Contudo, realizando isso, abandona-se já a posição da teoria absoluta e passa-se a adotar a teoria relativa.¹⁴⁷

Conforme a segunda teoria, o conteúdo essencial do direito fundamental é fixado mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.¹⁴⁸ Não é possível, portanto, excluir a existência de um caso em que

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 264, n. m. 329.

¹⁴³ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 268-269. Na tradução espanhola: p. 287-288.

¹⁴⁴ Ibidem, S. 269. Na tradução espanhola: p. 288.

¹⁴⁵ BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 99-100.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 100.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 98.

uma posição jurídica fundamental seja totalmente deslocada por uma razão contrária. Sempre que se satisfazem as exigências da proporcionalidade fica excluída uma intervenção no conteúdo essencial de um direito. Por isso, segundo HESSE, a importância prática do art. 19, al. 2^a, LF, limita-se a posicionar explicitamente o princípio da proporcionalidade.¹⁴⁹

Todavia, como aponta ALEXY, não deixa de haver algo de correto na afirmação da teoria absoluta de que existe em cada direito fundamental um feixe de posições por ele garantidas que não podem ser deslocadas em qualquer hipótese.¹⁵⁰ O que tem de acertado nessa afirmação está em que um princípio quanto mais é deslocado, mais resistente se torna.¹⁵¹¹⁵² Isso significa que à medida que um princípio fundamental é deslocado a força das razões opostas tem que aumentar desproporcionalmente.¹⁵³ Em virtude disso existem posições jurídico-fundamentais que se encontram em condições tais que é possível dizer com alto grau de certeza que nenhum(s) princípio(s) oposto pode ter precedência sobre elas¹⁵⁴ (como, por exemplo, quando houver um caso em que o princípio da proteção à intimidade estiver a garantir uma posição jurídica a um indivíduo consistente em que não se adentre no “núcleo da configuração privada” de sua vida).¹⁵⁵ Contudo, não é possível excluir a possibilidade de existência de um caso em que a(s) razão(s) oposta tenha precedência sobre essas posições.¹⁵⁶

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996, p. 112, n. m. 73.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 271. Na tradução espanhola: p. 290-291.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Essa ideia está por de trás da chamada “lei da ponderação” do TCF. Essa “lei” já foi analisada no item “5.1”.

¹⁵³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 271. Na tradução espanhola: p. 291.

¹⁵⁴ *Ibidem*, S. 272. Na tradução espanhola: p. 291.

¹⁵⁵ *Ibidem*, S. 271-272. Na tradução espanhola: p. 291.

¹⁵⁶ ALEXY afirma que: “A convicção de que existem direitos que também sob as circunstancias mais extremas não retrocedem – somente tais direitos são genuinamente direitos absolutos –, pode o particular, que tem a liberdade de sacrificar-se por princípios determinados, considerar como vinculativa para si, mas do ponto de vista do direito constitucional ela não pode valer.” Tradução de: “Die Überzeugung, daß es Rechte gibt, die auch unter den Extremsten Umständen nicht zurückweichen – nur solche Rechte sind genuin absolute Rechte –, mag der einzelne, der die Freiheit hat, sich für bestimmte Grundsätze zu opfern, für sich für verbindlich halten, vom Standpunkt des Verfassungsrechts aus kann sie nicht gelten.” ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 272. Na tradução espanhola: p. 291.

6.2 Existem direitos absolutos ou categóricos?

Cabe observar que em escrito posterior ALEXY¹⁵⁷ deixa aberta a questão, em nosso entender corretamente, de se e por que razões existem direitos absolutos ou categóricos. Nesse escrito, ALEXY responde, dentre outros, à afirmação de MATTIAS KUMM de que a estrutura da proporcionalidade é inadequada porque impõe uma estrutura na fundamentação jurídica (*rights reasoning*) que é consequencialista, e, enquanto estrutura consequencialista é incapaz de refletir a natureza deontológica de, pelo menos, alguns direitos. KUMM sustenta que a razão pela qual a análise da proporcionalidade e o teste da ponderação são inadequados para capturar as limitações (*constraints*) deontológicas, é que eles sistematicamente barram as relações meios-fins que são centrais para o entendimento das limitações deontológicas (*deontological constraints*).¹⁵⁸

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Thirteen Replies*. In: ____ *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Editado por George Pavlakos. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 342, 343 e 344.

¹⁵⁸ KUMM ilustra sua posição com o chamado problema do bonde. Esse problema diz respeito à questão de se é permitido matar um número menor de pessoas (no caso um) para salvar um número maior (no caso cinco). No problema do bonde, duas situações devem ser consideradas. Na primeira, cinco pessoas podem ser salvas se um espectador desviar um bonde desgovernado para outro trilho onde o bonde matará apenas uma pessoa. Na segunda situação, o bonde desgovernado matará cinco pessoas se um espectador não empurrar para o trilho um homem gordo a fim de parar o bonde (o homem gordo, previsivelmente, morrerá). KUMM sustenta que as duas situações apresentam uma diferença essencial. O homem gordo é usado como um meio para se alcançar o fim de salvar cinco pessoas, sendo que os danos que ele sofre necessariamente são parte integrante do plano de salvamento do espectador. Os danos da pessoa da primeira situação, pelo contrário, não são, necessariamente, parte integrante do plano de salvamento, sendo que estão apenas de forma contingente vinculados com o plano. A pretensão do homem gordo de não ser usado como um meio possibilitador do salvamento das outras pessoas seria forte e teria uma natureza categórica. Os seus direitos (*claims*) imporiam, então, limites deontológicos que não podem ser deslocados (*outweighed*), enquanto os direitos do sujeito da primeira situação seriam suscetíveis ao exame de proporcionalidade. A análise da proporcionalidade, enquanto argumentação consequencialista, seria, portanto, incapaz de abarcar (*grasp*) essa diferença. KUMM afirma que esse exemplo do bonde diz respeito à atual discussão sobre a “Lei de Segurança Aérea” (*Luftverkehrsicherheitsgesetz*). Essa lei permitia que um avião de passageiros fosse abatido pela Força Aérea Alemã no caso de essa ser a única maneira de impedir um claro e atual perigo para a vida humana e de não ser essa medida desproporcional. O TCF sustentou que a lei era parcialmente anticonstitucional porque a autorização para abater o avião necessariamente constitui uma violação ao direito dos passageiros à vida. Ainda segundo KUMM, o argumento do Tribunal é de que mesmo sob circunstâncias nas quais abater o avião é o único meio adequado e necessário para salvar um número maior de pessoas, e mesmo se o número maior de pessoas é consideravelmente maior que o número de pessoas no avião, tal ação seria, ainda, anticonstitucional. Na decisão foi afirmado ainda que abater o avião significa tratar pessoas inocentes como meros objetos da operação estatal de salvamento. KUMM considera que esse caso exemplifica como argumentos relacionados com limites deontológicos podem ser entendidos de forma errada. Para ele, a pretensão dos passageiros não é de pessoas que estão sendo usadas como meios possibilitadores da operação de salvamento, sendo que eles não são necessariamente meios para o sucesso dessa

ALEXY afirma, então, que se realmente existem direitos absolutos baseados em considerações meio-fim – que enquanto tais, não podem ser abarcados (*grasped*) pela proporcionalidade –, haveria duas implicações. A primeira é que existiria um domínio do qual a ponderação é excluída. Isso pode ser abarcado pela fórmula da ponderação, atribuindo um valor infinito aos limites categóricos; contudo, participar da ponderação com um valor infinito é o mesmo que não participar da ponderação. A segunda implicação seria a existência de direitos baseados em uma estrutura argumentativa que, enquanto tal, não pode ser capturada pelo exame de proporcionalidade. A tese kantiana de que o homem como “um fim em si mesmo” tem um “valor absoluto” é um exemplo. Contudo, como salienta ALEXY, a existência dessas implicações não significa que o exame de proporcionalidade não se encontra no centro da argumentação jurídica.¹⁵⁹

Se houver alguns direitos absolutos, haverá também posições jurídicas que em nenhuma circunstância podem ser limitadas. Acreditamos que a assunção dessa existência não implicaria que a teoria relativa do conteúdo essencial devesse ser refutada e a teoria absoluta validada. Como a proporcionalidade, mesmo com essa assunção, continuaria no centro da argumentação jurídica de direito fundamental, a teoria relativa continuaria sendo válida para a generalidade dos casos. Nos demais casos, a teoria relativa teria que ser integrada pela ideia das limitações deontológicas. Isso não implicaria, todavia, que a teoria absoluta devesse ser considerada correta, sendo que ela sustenta que *todos* os direitos fundamentais contêm um conjunto de posições jurídicas que sob nenhuma circunstância podem ser limitadas.

7 As limitações e tipo abstrato das normas de direito fundamental

Nos três itens seguintes analisar-se-á as relações existentes entre o tipo abstrato e a limitação das normas de direito fundamental.

operação. Assim, uma lei que autoriza um abatimento que prevesse estreitos pressupostos e estreitas providências de segurança seria materialmente de acordo com a Constituição. Conferir.: KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights*. In:___ *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Editado por George Pavlakos. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 153, 155, 156, 162, 163 e 164. Conferir também: KUMM, Mattias. *Liberalen Gerechtigkeitstheorien und die Struktur der Grundrechte*. In:___ *Juristische Grundlagen Forschung*. Herausgeben von Robert Alexy. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, S. 228-231.

¹⁵⁹ O próprio KUMM afirma que as decisões de direito constitucional não dizem respeito, de regra, a problemas que tem relação com limitações deontológicas. KUMM, Mattias. *Liberalen Gerechtigkeitstheorien und die Struktur der Grundrechte*. In:___ *Juristische Grundlagen Forschung*. Herausgeben von Robert Alexy. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, S. 230.

7.1 O conceito de tipo abstrato

O tipo abstrato (*Tatbestand*) é a previsão das condições necessárias para que se produza uma consequência jurídica.¹⁶⁰ Como aponta ALEXY, é possível construir um conceito de tipo abstrato de direito fundamental que abarque a totalidade das condições de uma consequência jurídico-fundamental definitiva, ou seja, que compreenda todos os pressupostos que têm validade para a consequência jurídica (“tipo abstrato de direito fundamental em sentido amplo”).¹⁶¹ Um tipo abstrato tal é composto pelo tipo abstrato em sentido estrito (aquilo que é concedido *prima facie* pelas normas fundamentais, ou seja, sem se levar em conta as barreiras) e pela cláusula de barreira.¹⁶²

Tome-se como exemplo a norma de direito fundamental constante no art. 5º, XII, de nossa Constituição, que assim dispõe: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

O trecho do texto da norma que constitui o seu tipo abstrato em sentido estrito é o seguinte: “o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas”, sendo que representa a parte onde estão descritos os fatos necessários para a produção de uma consequência jurídica. A consequência jurídica é, como se trata de um direito fundamental de defesa, a proibição *prima facie* do Estado de intervir no âmbito protegido da norma. O trecho “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal”, por sua vez, constitui a cláusula de barreira dessa norma, uma vez que representa uma parte de seu texto que diz como está limitado ou pode ser limitado o direito *prima facie*. Vale observar que não a totalidade de seu tipo abstrato está ligada à cláusula de barreira, mas somente a parte referente ao sigilo das comunicações telefônicas.

¹⁶⁰ Seguindo a orientação de HECK, utilizamos a expressão *tipo abstrato* para traduzir a alemã *Tatbestand*. Não utilizamos a expressão *suporte fático* utilizada por PONTES DE MIRANDA para essa mesma tradução para o português e que se tornou clássica na literatura jurídica brasileira. Isso se justifica por razões de precisão conceitual. BERNARDES DE MELLO, seguidor da doutrina de PONTES DE MIRANDA, refere que há duas conotações a se considerar quanto ao suporte fático: uma delas quando ele “existe, somente, como hipótese prevista pela norma sobre a qual, se ocorrer, dar-se-á sua incidência”; a outra quando ele encontra-se “já materializado, isto é, quando o fato previsto como hipótese se concretiza no mundo fático” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 38 e 39). Como se percebe, a segunda “conotação” é totalmente incompatível com a definição de ALEXY.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 278. Na tradução espanhola: p 298.

¹⁶² *Ibidem*.

Dessas definições depreende-se que é necessário¹⁶³ para a produção da consequência jurídico-fundamental definitiva que se satisfaça (cumpra) o tipo abstrato e que não se satisfaça a cláusula de barreira.¹⁶⁴ Em compensação, para a não produção da consequência jurídico-fundamental ou tem que não satisfazer-se o tipo abstrato ou satisfazer-se a cláusula de barreira.¹⁶⁵ Disso resulta que é possível proteger definitiva e jurídico-fundamentalmente no maior grau possível concebendo amplamente o tipo abstrato e estritamente a cláusula de barreira.¹⁶⁶ Para verificar se uma conduta preencheu as condições para que receba uma proteção jurídico-fundamental é necessário, portanto, fazer uma subsunção sob o conceito de tipo abstrato, tanto no caso de normas com caráter de regra como de princípios.

7.2 Tipo abstrato, intervenção e âmbito protegido

Analisando as normas jurídico-fundamentais que garantem aos indivíduos um âmbito protegido de certas atuações estatais (direitos de defesa), percebemos que essas atuações (*Handlungen*) podem ser divididas em três grupos.¹⁶⁷ Isso faz com que os direitos de defesa também possam ser divididos, como o faz ALEXY, em três grupos: direitos ao não estorvamento (*Nichthinderung*) de atuações,¹⁶⁸ direitos à não afetação (*Nichtbeeinträchtigung*) de qualidades e situações,¹⁶⁹ e direitos à não eliminação (*Beseitigung*) de posições jurídicas.^{170,171}

¹⁶³ Em uma norma de direito fundamental positivada com cláusula de barreira.

¹⁶⁴ O caso da norma tida como exemplo é interessante. Como somente parte de seu tipo abstrato está submetida a uma cláusula de barreira, os pressupostos para a produção definitiva de sua consequência jurídica variam. Em se tratando do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, somente é necessário que se satisfaça o tipo abstrato. Em se tratando do sigilo das comunicações telefônicas, em compensação, é necessário que se satisfaça o tipo abstrato e que não se satisfaça a cláusula de barreira.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 278. Na tradução espanhola: p. 298.

¹⁶⁶ *Ibidem*, S. 279. Na tradução espanhola: p. 299.

¹⁶⁷ Como ficou dito na introdução deste artigo, o estudo das barreiras aqui apresentado está voltada para os direitos fundamentais clássicos (direitos de defesa).

¹⁶⁸ Os direitos desse grupo proíbem tanto impedimentos como também obstaculizações (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 174; na tradução espanhola: p. 189). A diferença entre um impedimento (*Verhinderung*) e uma obstaculização (*Behinderung*) é a seguinte: quando o Estado cria circunstâncias que tornam faticamente impossível a um titular de direito fundamental realizar a atuação protegida jurídico-fundamentalmente, há um impedimento; quando o Estado cria circunstâncias que podem impedir um titular de direito fundamental de realizar a atuação protegida jurídico-fundamentalmente, há uma obstaculização (*Ibidem*). Exemplos de atuações que podem ser impedidas (*verhindert*) ou obstaculizadas (*behindert*) são: a liberdade de opinião (art. 5º, al. 1ª, LF) a criação de associação e sociedades (art. 9º, al. 3ª, LF) e a reunião em uma rua (art. 8º, al. 1ª, LF).

¹⁶⁹ Exemplos de qualidades (*Eigenschaften*) que não podem ser afetadas são: a vida (art. 5º, *caput*, CF), a imagem e a honra (art. 5º, X, CF). Já a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI, CF), a confidencialidade dos sistemas técnicos de informação (direito fundamental reconhecido pelo

Devido à essa divisão temos, também, que o conceito de intervenção, junto aos direitos de defesa, constitui o conceito superior dos conceitos de estorvamento, afetação e eliminação.

Do dito acima já é possível deduzir o conceito de âmbito protegido (*Schutzbereich*) de uma norma de direito fundamental. Esse nada mais é do que a atuação, a qualidade ou situação, ou, ainda, a posição jurídica que não pode ser, respectivamente, impedida, afetada ou eliminada pelo Estado.¹⁷² ALEXY refere que a atuação, qualidade ou situação, ou posição jurídica protegida pode ser designada, também, como o “bem protegido” (*Schutzgut*) pela norma de direito fundamental. Âmbito protegido e bem protegido são, portanto, conceitos com um conteúdo coincidente.

À norma que garante, em nossa Constituição, o direito ao sigilo de correspondência (art. 5º, XII, CF) é possível dar a seguinte formulação: “se uma situação é um sigilo da correspondência, então o Estado está *prima facie* proibido de intervir nela”. Com essa formulação, fica claro que o tipo abstrato dessa norma é constituído pela expressão “sigilo da correspondência”. Fica claro, também, que o tipo abstrato descreve simplesmente o âmbito protegido e o bem protegido.

ALEXY sustenta, contudo, uma construção do tipo abstrato das normas dos direitos de defesa em que o âmbito protegido da norma não coincide com o bem protegido, construção essa que denomina “tipo abstrato-intervenção/bem protegido” (*Schutzgut/Eingriff-Tatbestand*).¹⁷³ Essa construção, como o próprio ALEXY aponta, não corresponde ao discurso habitual de intervenções no âmbito protegido jurídico-fundamentalmente, sendo que nele os conceitos de bem protegido e âmbito protegido são correspondentes. Não obstante isso, o autor considera essa construção mais vantajosa. Vejamos.

À norma que garante o sigilo de correspondência em nossa Constituição, é possível dar, também, a seguinte formulação: “se uma situação *s* é uma situação de sigilo de correspondência e a medida *m* intervém nela, então *m* está *prima facie* proibida.” Numa tal formulação, o tipo abstrato da norma é

TCF como sendo uma manifestação especial do direito de personalidade geral) e o sigilo da correspondência (art. 5º, XII, CF) representam exemplos de situações (*Situationen*) que não podem ser afetadas.

¹⁷⁰ Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 174 ff. Tradução espanhola: p. 189 e ss.

¹⁷¹ A propriedade é um exemplo de uma posição jurídica complexa, dela fazendo parte um feixe de direitos concretos, como a competência para adquirir ou transmitir a propriedade. O instituto jurídico da propriedade em si e também todos os direitos subjetivos que surgiram de sua configuração pelo legislador são exemplos, portanto, de direitos do terceiro grupo dos direitos de defesa. Comparar: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 177-178. Na tradução espanhola: p. 192-193.

¹⁷² Cf.: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 274. Na tradução espanhola: p. 294.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 276. Na tradução espanhola: p. 295.

composto não apenas pelo conceito de bem protegido, mas também pelo conceito de intervenção. A amplitude da proteção *prima facie* que a norma garante não depende apenas da amplitude do conceito a que se refere o bem jurídico (no caso, a situação de sigilo de correspondências), mas também da amplitude do conceito de intervenção.¹⁷⁴ A vantagem dessa construção é, então, como aponta ALEXY, fazer com que pertença ao tipo abstrato tudo aquilo que é determinante para a produção da consequência jurídica *prima facie*.

7.3 Teoria ampla *versus* teorias estritas

Segundo algumas teorias, o tipo abstrato de direito fundamental aparece determinado desde o princípio de uma maneira estrita por meio de critérios supostamente livres de ponderação, de tal modo que somente podem apresentar-se muito poucas colisões com os direitos dos demais indivíduos e com outros bens coletivos que poderiam tornar necessária uma limitação. Essas teorias são chamadas teorias estritas do tipo abstrato, a elas se contrapondo a teoria ampla do tipo abstrato sustentada por ALEXY, a qual faz cair no âmbito protegido tudo aquilo em favor de cuja proteção fala o respectivo princípio fundamental-jurídico.¹⁷⁵ Para a sua fundamentação é importante analisar, como faz ALEXY, a versão da teoria estrita do tipo abstrato de FRIEDRICH MÜLLER.

A teoria do tipo abstrato de direito fundamental de MÜLLER diz que não devem pertencer ao “âmbito normativo” (tipo abstrato) as modalidades de exercício de direitos fundamentais não protegidas “objetivo-especificamente”.¹⁷⁶ A decisão de se uma modalidade de atuação é específica ou não para o respectivo direito fundamental é feita sobre a base do critério “conexão com a estrutura do âmbito normativo”. MÜLLER fornece um exemplo para esclarecer o que isso significa: o de um pintor que pinta no cruzamento de duas ruas muito movimentadas. Para ele o ato de pintar está, enquanto tal, protegido pela

¹⁷⁴ O autor nos fornece como exemplo uma decisão do TCF relativa aos direitos de entrada e inspeção dos comissários das “Câmaras artesanais” (*Handwerkskammer*) estabelecidos pelo § 17, al. 2ª da “Lei para a ordem do artesanato” (*Gesetz zur Ordnung des Handwerks*): “O Tribunal faz primeiro uma interpretação tão ampla do conceito de habitação, que também espaços de exploração e negócios caem sob ele, então, porém, formula o conceito de intervenção tão estreitamente que ele não mais abarca a entrada e a inspeção jurídico-artesanal.” Tradução de: “Das Gericht nimmt erst eine so weite Interpretation des Begriffs der Wohnung vor, daß auch Betriebs- und Geschäftsräume unter ihm fallen, dann aber faßt es den Begriff des Eingriffs so eng, daß er die handwerksrechtlichen Betretungen und Besichtigungen nicht mehr einschließt.”

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 276. Na tradução espanhola: p. 295- 296.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 290 ff. Na tradução espanhola: p. 311 ss.

¹⁷⁶ *Ibidem*, S. 281-282. Na tradução espanhola: p. 302.

liberdade da arte, contudo, o aspecto do pintar “em um cruzamento de ruas” é uma modalidade de exercício de direito fundamental não protegida especificamente, e, portanto, não está protegida.¹⁷⁷

Como observa ALEXY, da análise da norma que garante a liberdade da arte percebe-se que ela somente exige para a produção da proteção jurídico-fundamental que se trate de uma atuação artística.¹⁷⁸ Assim sendo, é fácil observar que essa teoria da modalidade objetivamente específica de MÜLLER conduz a que, ainda quando presente a propriedade indicada no tipo abstrato de uma norma permissiva fundamental, as atuações não gozem de proteção no caso de apresentarem também outras qualidades que devem ser catalogadas como não específicas. O pintar em um cruzamento de ruas tem a qualidade de ser uma atuação artística e, ao mesmo tempo, possui também uma segunda qualidade: ser uma perturbação do trânsito. Essa é uma razão para proibi-la, mas, como aponta ALEXY, a atuação que se proíbe continua sendo uma atuação artística, uma vez que faz parte do conteúdo do conceito de “arte”.^{179,180}

A análise dessa teoria já é suficiente para demonstrar que as teorias estritas do tipo abstrato apresentam debilidades por tentarem fixar, ao menos em uma série de casos, o definitivamente protegido por meio de critérios livres de ponderação. Isso é inadequado porque, como sustenta ALEXY, uma decisão envolvendo direitos fundamentais somente será correta se puder ser o resultado de uma ponderação correta.¹⁸¹ Também KELSEN – fazendo uma defesa da adoção da assim chamada forma judiciária no processo diante de uma autoridade que atue como guardião da Constituição – destaca a utilidade de expor claramente a real conjuntura de interesses em uma decisão de um tribunal.¹⁸² O autor assevera ser um fato sociológico básico que: “como em qualquer configuração jurídica, assim também na decisão de um tribunal – e em particular de um *guardião da Constituição* – tomam parte interesses contrastantes, e toda *decisão* versa sobre conflitos de interesses, ou seja, em favor de um ou de outro, ou no sentido de uma mediação entre ambos.”¹⁸³ E ataca a escamoteação disso por meio da ficção de um interesse comum ou de

¹⁷⁷ Ibidem, S. 283. Na tradução espanhola: p. 303.

¹⁷⁸ Ibidem, S. 284. Na tradução espanhola: p. 304.

¹⁷⁹ O que atualmente se compreende, com apoio na teoria dos conjuntos moderna, por “conteúdo” e por “extensão” do conceito dá razão a essa afirmação de ALEXY. Cf.: PRECHTL, Peter; BURKARD, Franz-Peter. *Metzler-Philosophie-Lexikon: Begriffe und Definitionen*. 2. Aufl., Weimar: Metzler, 1999. Artikel: Begriffsinhalt, Begriffsumfang.

¹⁸⁰ Ibidem, S. 284. Na tradução espanhola: p. 304.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 290. Na tradução espanhola: p. 311.

¹⁸² KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: ___ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Traduzido por Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264 ss.

¹⁸³ Ibidem, p. 266.

uma unidade da vontade estatal, ou ainda por meio do apelo à “totalidade do coletivo num sentido outro que o meramente formal”.¹⁸⁴ Ora, o critério de MÜLLER, ao apelar para a evidência da inespecificidade, conduz ao mesmo efeito que a fixação de um interesse comum: a ocultação do conflito de interesses sobre o qual a decisão versa.¹⁸⁵

Demonstradas as debilidades das teorias estritas do tipo abstrato, ainda é necessário, para fundamentar a teoria ampla, refutar uma objeção que é aduzida contra ela.¹⁸⁶

Argumenta-se que a teoria ampla do tipo abstrato conduziria à impossibilidade de dar um tratamento efetivo aos casos de direito fundamental, uma vez que o número de casos que os tribunais constitucionais teriam que examinar aumentaria incrivelmente. Todavia, essa consequência resta afastada com a distinção entre casos atuais e potenciais de direito fundamental.¹⁸⁷ Um caso atual é aquele em que há dúvida acerca da existência ou não da proteção jurídico-fundamental, sendo necessário, portanto, que se argumente jurídico-fundamentalmente.¹⁸⁸ Está-se diante de um caso potencial, por sua vez, quando é possível argumentar jurídico-fundamentalmente, só que essa argumentação é desnecessária porque não paira nenhuma dúvida acerca da admissibilidade da solução dada pelo direito ordinário.^{189,190}

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Cabe referir, também, que GADAMER aponta para o fato de que é necessário proteger-se da arbitrariedade das opiniões prévias para que se chegue à interpretação correta. Ainda segundo esse autor, constitui uma tarefa constante e permanente da interpretação não permitir que o projeto, o cuidado e a antecipação (*Vorhabe, Vorsicht, Vorgriff*) lhe sejam impostos por intuições ou noções populares (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 355, n. m. 271). Cabe observar que fizemos a tradução dos termos “Vorhabe”, “Vorsicht” e “Vorgriff” seguindo a orientação de HECK. Não foi utilizada a tradução constante da versão brasileira da obra de GADAMER “Wahrheit und Methode”, sendo que uma análise mais atenta revela ser essa, no mínimo, duvidosa. Ela traduz esses termos com, respectivamente, “posição prévia”, “visão prévia” e “concepção prévia”, citando, equivocadamente, o termo “Vorbegriff” ao invés de “Vorgriff”. Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Band 1. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1990, S. 250. Na tradução brasileira: p. 355, n. m. 271.

¹⁸⁶ Há duas outras objeções, além da que será aqui tratada, à teoria ampla. Uma delas é a que afirma que seria pouco honesto garantir um âmbito amplo de proteção para em seguida limitá-lo. A outra afirma que é um absurdo sustentar a existência de uma proteção *prima facie* em todos os casos em que um princípio precede claramente sobre outros princípios ou bens coletivos com os quais entra em colisão. Essas objeções revelam-se claramente improcedentes. Para uma refutação delas, conferir: BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, S. 135, 136 e 137. Conferir também: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 293. Na tradução espanhola: p. 314 e 315.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 295. Na tradução espanhola: p. 316-317. Conferir também: BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 137.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ibidem.

Como se constata, partindo de uma distinção entre casos atuais e potenciais, mostra-se errada a suposição de que adoção da teoria ampla conduz a um número inaceitável de casos de direito fundamental. O que é certo é que essa teoria apresenta a grande vantagem de permitir que a decisão dos casos de direito fundamental se efetue mediante uma confrontação de argumentos e contra-argumentos.¹⁹¹ Esse procedimento de obtenção de solução, ligado à teoria dos princípios, permite a decisão racional de questões normativas envolvendo direitos fundamentais.¹⁹² Mais do que isso, ele permite que se adquira nessas decisões o nível mais alto de racionalidade possível.¹⁹³

8 Análise de caso referente ao direito da internet

Em 27 de fevereiro de 2008, o TCF, no julgamento de dois recursos constitucionais,¹⁹⁴ declarou ser anticonstitucional e nula uma prescrição que

¹⁹⁰ Vale ressaltar que a resposta da questão de qual caso é “atual” (caso em que é necessário argumentar jurídico-fundamentalmente) não é decidida tendo em conta a extensão do tipo abstrato, mas sim indagando acerca de quais dos casos que satisfazem o tipo abstrato devem ser tratados com maior profundidade (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* S. 296 ff. Na tradução espanhola: 316 e ss.). Desse modo, é obtida a redução dos casos em que é necessário argumentar jurídico-fundamentalmente (não ocorre, portanto, um deslocamento da argumentação jurídica ordinária), sem ser necessário suportar os ônus decorrentes da adoção da teoria estrita do tipo abstrato. BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 138.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, S. 290. Na tradução espanhola: p. 311.

¹⁹² Alguém poderia questionar por que se deve seguir a razão em si, e, assim, pretender colocar em questão também por que se deveria adotar, para a decisão de questões normativas, um procedimento racional. Durante os últimos cem anos a razão têm tido muitos opositores. Muitos pensadores têm recomendado e defendido outros guias, como o instinto, a inspiração, o carisma, o inconsciente e a intuição. Todavia, quem parece estar correto é KURT BAIER. Esse autor assevera que a questão “devo seguir a razão?”, no seu sentido mais óbvio, é uma tautologia tal como a questão “um círculo é um círculo?”; portanto, a pergunta “por que eu devo seguir a razão” é sem sentido. Fazer esse questionamento mostra uma completa falta de entendimento do sentido das “why questions” (BAIER, Kurt. *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*. Abridged Edition, with a new Preface by the Author. New York: Random House. 1965, p. 157-160). Mesmo que os críticos da razão estivessem certos, isso não minaria o argumento em favor da teoria ampla que aponta para o fato de ela trazer racionalidade para as decisões judiciais. De fato, aqui no Brasil, o art. 93, IX, da CF, ao dispor que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas estabelece a necessidade de racionalidade. Ademais, parece ser hoje um fato sociológico que a legitimidade das decisões judiciais depende de uma argumentação jurídica racional.

¹⁹³ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, S. 143 ff. Na tradução espanhola: p. 157 ss.

¹⁹⁴ O “recurso constitucional” é um recurso previsto no ordenamento jurídico alemão mediante o qual o cidadão pode submeter, com o fundamento de que atentaram contra um de seus direitos fundamentais, medidas do Executivo, decisões dos tribunais e inclusive leis do parlamento a um juízo de constitucionalidade. Ele pode conduzir não somente a um controle normativo incidental, mas também a um controle normativo principal, ou seja, ele pode dirigir-se também contra uma lei, com é o caso dos recursos objetos da decisão em exame (MAURER, Hartmut. *A revisão jurídico-constitucional das leis do Tribunal Constitucional Federal*. In____: *Contributos para o*

permitia às autoridades de proteção à Constituição (*Verfassungsschutzbehörde*) o “acesso secreto em sistemas técnicos de informação” (*heimliche Zugriff auf Informationstechnische Systeme*) e o “aclaramento secreto da internet” (*Heimliches Aufklären des Internet*).¹⁹⁵

Essa prescrição, ou seja, o § 5º, al. 2ª, n. 11 da “Lei de Proteção à Constituição de Nordrhein-Westfalia” (*Verfassungsschutz Gesetz Nordrhein-Westfalen*),¹⁹⁶ havia sido, na sua maior parte, acrescentada ou alterada por meio de uma lei modificadora editada em 20 de dezembro de 2006.¹⁹⁷

O § 5º, al. 2ª, n. 11, VSG, autorizava, mais precisamente, as autoridades de proteção à Constituição a dois tipos de medidas investigativas: à obtenção de esclarecimentos secretos na internet¹⁹⁸ e ao acesso secreto em sistemas técnicos de informação.¹⁹⁹ O TCF esclarece, na decisão em análise, que a internet é uma conexão de redes de computadores, consistindo, com isso, em sistemas técnicos de informação e podendo ela mesma ser vista como um sistema técnico de

direito do Estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 297-298). Além da função subjetiva de proteção jurídica do cidadão, o recurso constitucional presta-se também à defesa do direito constitucional objetivo e à sua interpretação e desenvolvimento. Cf.: HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-alemã. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 124, p. 118, out./dez. 1994.

¹⁹⁵ Cf.: BVerfG, 1 BvR 37007 vom 27.2.2008, Absatz-Nr. (1-333.) Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 15 jan. 2009.

¹⁹⁶ Essa prescrição assim dispõe: “A autoridade de proteção à Constituição pode, em conformidade com o § 7º, para o processamento das informações como meio concernente ao serviço secreto, aplicar as seguintes medidas: 11. Observar secreto e outro aclarar da internet como, especialmente, a participação clandestina em suas instalações de comunicação ou a procura por elas, assim como o acesso secreto a sistemas técnicos de informação também com o emprego de meios técnicos. À medida que tais medidas apresentam uma intervenção no segredo de correspondência, postal e das telecomunicações ou no tipo e gravidade se equiparam a essa, é essa, somente sob os pressupostos da lei para com o art. 10 da Lei Fundamental, admissível.” Tradução feita seguindo a orientação de HECK. O texto da prescrição, em alemão, é o seguinte: “(2) Die Verfassungsschutzbehörde darf nach Maßgabe des § 7 zur Informationsbeschaffung als nachrichtendienstliche Mittel die folgenden Maßnahmen anwenden: 11. heimliches Beobachten und sonstiges Aufklären des Internets, wie insbesondere die verdeckte Teilnahme an seinen Kommunikationseinrichtungen bzw. die Suche nach ihnen, sowie der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme auch mit Einsatz technischer Mittel. Soweit solche Maßnahmen einen Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis darstellen bzw. in Art und Schwere diesem gleichkommen, ist dieser nur unter den Voraussetzungen des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz zulässig.”

¹⁹⁷ Qual seja: *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen* (“Lei para a Modificação da Lei Sobre a Proteção à Constituição em Nordrhein-Westfalia”). Essa lei encontra-se disponível em: <https://www.umwelt-online.de/recht/allgemei/laender/nrw/z06_0620.htm>. Acessado em: 16 jan. 2009.

¹⁹⁸ A norma que autorizava essa medida constava do § 5º, al. 2ª, n. 11, fr. 1ª, alt. 1ª, VSG.

¹⁹⁹ A norma que autorizava essa medida constava do § 5º, al. 2ª, n. 11, fr. 1ª, alt. 2ª, VSG.

informações.²⁰⁰ A primeira medida diz respeito ao levantamento de conteúdos de uma comunicação feita na internet por meio do servidor utilizado. A segunda refere-se, por sua vez, a infiltrações técnicas que, por exemplo, utilizam lacunas na segurança do sistema alvo ou efetivam-se por meio da instalação de um “trojan” nesse sistema. Ambas as formas de infiltração no sistema alvo permitem vigiar a sua utilização ou examinar a memória de mídia, ou até mesmo possuir o seu comando.²⁰¹ A diferença entre esses dois tipos de medidas reside, portanto, na manifestação externa dos acessos nos sistemas técnicos de informação.²⁰²

O mencionado direito direciona-se, portanto, fundamentalmente, à “busca on-line” (*Online-Durchsuchung*), ou seja, à investigação secreta de computadores privados pelo Estado. Seu significado, contudo, como apontam os comentadores alemães, vai muito além disso.²⁰³²⁰⁴

Vale ressaltar que com essa decisão do TCF não foram apenas declaradas anticonstitucionais normas previstas em uma lei estadual e, com isso, apontada uma direção²⁰⁵ para uma futura lei federal.²⁰⁶ Com ela foi também estabelecido,

²⁰⁰ BVerfG, 1 BvR 37007 vom 27.2.2008, Absatz-Nr. (4.) Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 15 jan. 2009.

²⁰¹ Loc. Cit., Absatz-Nr. (5.)

²⁰² Loc. Cit., Absatz-Nr. (4.)

²⁰³ DARNSTÄDT, Thomas; HIPPE, Dietmar. Digitales Domino. *Der Spiegel*. Berlin, n. 10, p. 42, März 2008.

²⁰⁴ O escritório em Hamburgo da “FIELD FISHER WATERHOUSE”, por exemplo, alertava seus clientes, dois dias após a decisão, que o “Behavioral Targeting” está ameaçado. Também logo após a decisão, o professor de direito da internet DIRK HECKMANN afirmou que espera agora um “efeito dominó” (*Domino-Effekt*). DARNSTÄDT, Thomas; HIPPE, Dietmar. Digitales Domino. *Der Spiegel*. Berlin, n. 10, p. 42, März 2008.

²⁰⁵ Na época em que foi prolatada a decisão, legisladores em Berlim tanto da direita quanto da esquerda já estavam aguardando a decisão do TCF para elaborar uma lei federal acerca da “busca on-line” (*German court permits restricted online surveillance*). Spiegel Online International, 27 Jan. 2008. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/germany/0,1518,538094,00.html>>. Acessado em: 29 jan. 2009). O projeto dessa lei, chamada de *BKA-Gesetz*, foi, em Novembro de 2008, aprovado no Parlamento Federal, mas bloqueado pelo Conselho Federal. No mês de Dezembro desse mesmo ano, em nova votação, o Conselho Federal prestou a sua conformidade à lei modificada, que foi promulgada, ainda nesse mês, pelo presidente KÖHLER. Entrou em vigor, então, em 1º de Janeiro de 2009. Segundo ela, a “busca on-line” secreta de computadores de suspeitos é permitida quando a integridade corporal de uma pessoa ou a existência do Estado está ameaçada. Os funcionários (*Beamten*) devem instalar o programa de espionagem para o chamado “Bundestrojaner” por e-mail ou outro meio técnico, não sendo admissível entrar no domicílio do suspeito. Cf.: *Bundesrat verabschiedet BKA-Gesetz*. Spiegel Online, 19 dec. 2008. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,597497,00.html>>. Acessado em: 29 jan. 2009. Cf. também: *Köhler unterschreibt BKA- und Erbschaftsteuergesetz*. Spiegel Online, 29 Dez. 2008. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,598627,00.html>>. Acessado em: 29 jan. 2009.

²⁰⁶ MOORE, Michael Scott. *Germany’s new right to online privacy*. Spiegel Online International, 28 Feb. 2008. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/germany/0,1518,538378,00.html>>. Acessado em: 14 jan. 2009.

pelo TCF, um novo direito fundamental para o século XXI.²⁰⁷ Esse recebeu o nome de “direito fundamental à garantia do caráter confidencial e integridade de sistemas técnicos de informação” (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*).²⁰⁸

Feitas essas considerações, passa-se agora a analisar essa decisão com base no estudo das barreiras e limitações de direito fundamental realizado ao longo deste artigo, a fim de comprovar a aplicação prática dos conceitos e estruturas nele sustentadas.

8.1 Anticonstitucionalidade do § 5º, al. 2ª, Nº 11, VSG.

O TCF declara que § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 1ª, VSG, em ambas alternativas por ele reguladas, é anticonstitucional e nulo.

Além disso, o TCF considera que o § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 1ª, alt. 2ª, VSG, intervém no direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade de sistemas técnicos de informação; considera, ademais, que o § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 1ª, alt. 1ª, VSG, intervém no direito fundamental ao segredo de telecomunicações (art. 10, al. 1º, LF).

Vale ressaltar que as duas normas previstas no § 5º, al. 2ª, nº 11, VSG, mesmo antes de terem sido declaradas²⁰⁹ nulas, foram uma intervenção anticonstitucional nos direitos fundamentais e não barreiras de direito fundamental. De fato, como essas normas não são conformes a Constituição, apesar de subjetivamente terem o sentido de um ato jurídico (de uma norma jurídica), nunca o foram objetivamente. Isso é assim porque elas, ao violarem prescrições constitucionais, são antijurídicas, não sendo, por esse motivo, aptas para serem atos jurídicos.²¹⁰

A seguir analisaremos, separadamente, as seguintes verificações realizadas pelo TCF referentes à norma prevista no § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 2ª, alt. 2ª, VSG: a do cumprimento da proporcionalidade em sentido estrito; a do atendimento ao mandamento de precisão e clareza das normas; e, por fim, a do

²⁰⁷ Loc. Cit.

²⁰⁸ Direito esse que é, conforme o TCF, compreendido pelo direito de personalidade geral (art. 2º, al. 2ª, LF).

²⁰⁹ Como coloca MAURER, a comprovação de nulidade do Tribunal “é, em si, somente declaratória, tem, contudo, um certo efeito constitutivo, à medida que ela esclarece, determinante e vinculativamente, a situação jurídica”. MAURER, Hartmut. *A revisão...*, p. 302.

²¹⁰ Esse entendimento de que a lei anticonstitucional é de antemão nula corresponde à jurisprudência e doutrina dominantes, mas não é indiscutível (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição...*, p. 51, nota 48). A concepção contrária, partindo do monopólio que o TCF detém no controle de constitucionalidade das leis, sustenta que “as leis anticonstitucionais são somente nulificáveis, isto é, eficazes juridicamente até elas, por uma decisão do tribunal constitucional federal com efeito extunc, serem declaradas nulas.” MAURER, Hartmut. *A revisão...*, p. 302, nota 60.

atendimento à garantia do núcleo essencial. O TCF realizou os mesmos tipos de verificações, separadamente, na apreciação da norma prevista no § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 2ª, alt. 1ª, VSG. Não as analisaremos para evitar repetições desnecessárias das mesmas observações.

8.1.1 Verificação da proporcionalidade em sentido estrito

Após verificar que a medida prevista no § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 2ª, alt. 2ª, VSG, é adequada e necessária, o órgão julgador passa ao exame do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, do mandamento de ponderação.

Como já afirmado neste artigo,²¹¹ uma medida estatal (que intervém em um direito fundamental) somente atenderá ao mandamento de ponderação se a intensidade da realização da finalidade²¹² perseguida por ela tiver um o peso ao menos igual ao da intensidade da intervenção no direito fundamental.²¹³

A definição dada pelo TCF do princípio da proporcionalidade em sentido estrito está no mesmo sentido da afirmação acima. Ele declara que esse mandamento exige que a gravidade da intervenção não esteja fora de proporção com o peso de seu fundamento.²¹⁴ Desse modo, esse critério pode conduzir a que um meio para a imposição de interesses gerais não possa ser adotado porque a afetação que ele traz para os direitos fundamentais apresenta-se mais grave que os interesses a serem impostos.²¹⁵

A verificação de se uma norma é proporcional em sentido estrito apresenta três passos.²¹⁶ Primeiramente, a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo (intervenção) de um princípio. Depois, a comprovação da importância do cumprimento do princípio contrário. E, finalmente, a comprovação de se a importância do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Constata-se que o TCF segue esses passos no exame de se a norma que admite o acesso secreto em sistemas técnicos de informação é proporcional em sentido estrito ou não. Primeiro, analisa o grau de intervenção (não cumprimento), asseverando que ele é de alta intensidade. Apresenta razões para isso, afirmando que “uma obtenção de dados estatal de sistemas técnicos de informação complexos mostra um potencial considerável para a sondagem

²¹¹ Item “5.1.1”.

²¹² Finalidade essa que é um princípio constitucional ou é exigida por um princípio constitucional.

²¹³ Item “5.1.1”.

²¹⁴ BVerfG, 1 BvR 37007 2008, (227). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 15 jan.2009

²¹⁵ Loc. Cit.

²¹⁶ Item “5.1.1”.

da personalidade do afetado”.²¹⁷ E, também, asseverando que a autorização prevista na norma dá acesso aos departamentos estatais “para uma existência de dados que pode sobrepujar muito mais as fontes de informação tradicionais em extensão e multiplicidade”.²¹⁸ Isso, por sua vez, está em contato com “diferentes possibilidades de uso, oferecidas pelos complexos sistemas técnicos de informação, e que estão unidos com a produção, processamento e armazenamento de dados pessoais”.²¹⁹ Vale ressaltar que, segundo os hábitos de uso de hoje, os computadores são utilizados “para armazenar também dados pessoais de sensibilidade ascendente, por exemplo, na forma de dados de texto, de imagem ou som privados”.²²⁰

Outros argumentos apresentados pelo TCF são: o fato de que os dados levantados podem oferecer esclarecimentos sobre a comunicação do indivíduo afetado, o que limita a possibilidade do cidadão de participar de uma comunicação à distância não observada. Isso, por sua vez, acarreta uma limitação da liberdade dos cidadãos porque “o temor de vigilância, também quando essa começa primeiro posteriormente, pode impedir uma comunicação individual imparcial”.²²¹ O fato de que essa forma de levantamento de dados atinge o parceiro de comunicação da pessoa visada necessariamente como um terceiro, sobre quem não se sabe se existem os pressupostos necessários para essa medida.²²² E, também, o fato de que, como foi exposto por expertos na matéria, não pode ser excluída a possibilidade de que já o acesso em si cause dados ao computador, tais como a perda de dados.²²³

O TCF aduz, ainda, que o caráter secreto do acesso aumenta a intensidade de intervenção, sendo que “em um Estado de Direito, o segredo de medidas de intervenção estatais é a exceção e carece de uma justificação especial”.²²⁴ Também argúi que essa medida torna disponível às autoridades

²¹⁷ Tradução de: “Eine staatliche Datenerhebung aus komplexen informationstechnischen Systemen weist ein beträchtliches Potential für die Ausforschung der Persönlichkeit des Betroffenen auf.” BVerfG, 1 BvR 37007 2008, (230). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Data de acesso: 15 jan. 2009.

²¹⁸ Tradução de: “zu einem Datenbestand, der herkömmliche Informationsquellen an Umfang und Vielfältigkeit bei weitem übertreffen kann.” Loc. Cit., Absatz-Nr. (231.)

²¹⁹ Tradução de: “Vielzahl unterschiedlicher Nutzungsmöglichkeiten, die komplexe informationstechnische Systeme bieten und die mit der Erzeugung, Verarbeitung und Speicherung von personenbezogenen Daten verbunden sind.” Loc. Cit.

²²⁰ Tradução de: “zum Speichern auch persönlicher Daten von gesteigerter Sensibilität, etwa in Form privater Text-, Bild-, oder Tondateien.” Loc. Cit.

²²¹ Tradução de: “(...) die Furcht vor Überwachung, auch wenn diese erst nachträglich einsetzt, eine unbefangene Individualkommunikation verhindern kann.” Loc. Cit., Absatz-Nr. (233.)

²²² Loc. Cit.

²²³ Loc. Cit.

²²⁴ Tradução de: “in einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonderer Rechtfertigung.” Loc. Cit., Absatz-Nr. (238.)

investigadoras não apenas a busca de dados da memória de trabalho ou armazenados temporariamente na memória de mídia do computador da pessoa visada, mas sim que também torna disponível a totalidade da comunicação de internet dessa pessoa durante um longo período de tempo.²²⁵

Em seguida, o TCF inicia a segunda etapa, ou seja, a comprovação da importância do cumprimento dos princípios contrários. Refere, então, que os bens jurídicos²²⁶ que a medida de acesso prevista pela norma protege têm um peso suficiente para justificar a intervenção, mas somente no caso de existirem indícios objetivos de ameaças²²⁷ a eles.²²⁸ Entendemos que, com isso, o TCF considerou que a importância do cumprimento dos princípios que garantem esses bens jurídicos somente terá uma intensidade alta²²⁹ e, assim, capaz de justificar a intensidade da intervenção que também é alta, caso existam esses indícios objetivos de ameaça. Além da afirmação de que a norma não prevê a existência de indícios objetivos como pressuposto para a medida, a afirmação do TCF de que as modernas técnicas de informação oferecem inúmeras possibilidades de manutenção de contatos, elaboração de planos, e, também, cometimento de infrações,²³⁰ também pode ser entendida como um argumento utilizado para a determinação da intensidade do cumprimento do princípio em sentido contrário. Como se percebe, esse outro argumento, ao contrário do primeiro, fala em favor de fazer uma associação a um grau alto de intensidade. Tomando em conta esses dois argumentos que foram utilizados pelo TCF, mesmo ele não tendo feito uma associação expressa a um grau de intensidade, é possível entender que ele atribui uma intensidade mediana à intensidade do cumprimento dos princípios em sentido contrário.

Como o tipo abstrato do § 5º, al. 2ª, n. 11, VSG, não prevê a existência de indícios objetivos de ameaça como pressuposto para a medida interventiva, o resultado da terceira etapa mostra-se evidente: a importância do cumprimento dos princípios contrários não justifica o prejuízo no princípio que garante o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnicos de informação. É, portanto, uma norma desproporcional, e, por isso, anticonstitucional.

²²⁵ Loc. Cit., Absatz-Nr. (235.)

²²⁶ Note-se que o TCF fala em bens jurídicos, não em princípios. Esses bens jurídicos são garantidos por normas constitucionais (o próprio TCF aponta, nessa decisão, para isso, mencionando o art. 2º, al. 2ª, fr. 1ª, da LF, e o art. 1º, al. 2ª, fr. 2ª, LF). Essas normas têm o caráter de princípios; portanto, pode-se ler, aqui, “bens jurídicos” por “princípios”.

²²⁷ O TCF discorre sobre o que entende por “indícios objetivos de ameaça”. Todavia, não adentraremos na análise disso, por entendermos que assim nos desviaríamos do objeto do presente artigo.

²²⁸ Loc. Cit., Absatz-Nr. (242-250.)

²²⁹ No nosso entender, o TCF teria sido mais claro se tivesse associado expressamente a intensidade de cumprimento a um grau mais baixo que o alto, ou seja, ao grau leve ou ao grau médio.

²³⁰ Loc. Cit., Absatz-Nr. (220.)

É possível construir uma escala e associar, por meio de argumentos,²³¹ a intensidade de intervenção e a importância do fundamento da intervenção a graus dessa escala.²³² Uma medida de acesso em dados pessoais que, v.g., não seja secreta é menos prejudicial ao indivíduo que uma que o seja; apontar para o fato da medida em análise o ser e usá-lo para associar a norma que a prevê a um grau médio ou alto de intervenção é, portanto, racional. Uma medida de acesso em dados pessoais torna-se mais importante para o cumprimento do princípio da segurança do Estado quando, v.g., ela é efetuada em um caso em que existem indícios objetivos de ameaça do que num caso em que existem apenas suposições; assim, apontar para o fato da medida em análise não exigir a ocorrência de indícios objetivos de ameaça para associar a norma que a prevê em um grau médio ou leve de cumprimento também é racional.

Desse modo, ou seja, construindo uma escala tal e efetuando associações válidas a graus dessa escala, torna-se possível pronunciar decisões racionais acerca da intensidade da intervenção no direito fundamental, do grau de importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e da relação dessas duas decisões.²³³ Destarte, fica comprovado que os argumentos referidos especificamente à ponderação são capazes de fazer dela um procedimento racional no marco do ordenamento jurídico vigente.²³⁴

8.1.2 Verificação do atendimento ao mandamento de precisão e clareza das normas

O TCF também considerou que a norma prevista no § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 1ª, alt. 2ª, VSG, não atende ao mandamento de precisão e de clareza das normas que intervêm nos direitos fundamentais (barreiras).

O § 5º, al. 2ª, nº 11, fr. 1ª, alt. 2ª, VSG, exigia um pressuposto geral e um pressuposto especial para a realização da intervenção. De modo geral, exigia que por meio das medidas estatais pudessem ser obtidos conhecimentos constitucionalmente relevantes. Especialmente, ou seja, quando as medias intervissem no segredo epistolar, de correspondência e de telecomunicação ou quando se iguallassem a uma intervenção tal, no modo e na gravidade, referia-se aos pressupostos rigorosos da lei para o (no) art. 10, al. 2ª, LF.

²³¹ Argumentos esses que são específicos da ponderação. Cf.: item “5.1.2”.

²³² O TCF já utilizou em outras decisões uma escala com os graus leve, médio e alto. Cf.: ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. In:___*Constitucionalismo...*, p. 133 ss.

²³³ Cf.: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In:___*Contitucionalismo...*, p. 111 ss.

²³⁴ Cf.: item “5.1.2”.

Ocorre que deixar a exigência de atendimento aos pressupostos do art. 10, al. 2^a, LF, depender de se a medida intervém no art. 10, LF, é, segundo o TCF, inconciliável com o mandamento de precisão e clareza das normas. Esse tribunal fundamenta essa sua declaração, entre outras coisas, argumentando que a resposta à pergunta acerca de em qual direito fundamental a medida intervém pode exigir complexas avaliações e valorações, as quais devem ser efetuadas, em primeiro lugar, pelo legislador.

Para o TCF, a violação a esses mandamentos aprofunda-se com a referência aos pressupostos da lei do art. 10, LF, também para os casos em que uma medida de apuração iguala-se, no modo e na gravidade, a uma intervenção no art. 10, LF. Isso porque com essa referência “são os pressupostos típicos do acesso regulado feitos dependentes de uma comparação valorativa entre esse acesso e uma media que deveria ser considerada como uma intervenção em um determinado direito fundamental”.²³⁵

8.1.3 Verificação do atendimento à garantia do núcleo essencial

Por fim, o TCF considerou que a norma prevista no § 5^o, al. 2^a, n^o 11, fr. 1^a, alt. 2^a, VSG, viola a garantia do conteúdo essencial, afirmando que nela faltam “providências legais” (*Gesetzliche Vorkehrungen*) para evitar intervenções no núcleo essencial da configuração da vida privada.²³⁶

Fundamenta essa consideração apontando para o fato de que ao se acessar secretamente um sistema técnico de informações existe o perigo de que sejam levantados dados que devem ser associados ao núcleo essencial.²³⁷ É possível que isso ocorra porque o afetado pode utilizar o sistema visado para instalar ou arquivar dados de conteúdo altamente pessoal, como, por exemplo, anotações na forma de diário, ou filmes e gravações sonoras pessoais.²³⁸

O TCF afirma, ademais, que o núcleo essencial não é acessível a uma relativização por meio dos interesses contrários (ou seja, por meio dos princípios a que a medida investigativa serve). Até mesmo interesses preponderantes da coletividade não poderiam justificar uma intervenção no conteúdo essencial da configuração da vida privada.²³⁹ Como se depreende dessas afirmações, o TCF se posiciona no sentido da teoria absoluta do núcleo essencial.

²³⁵ Tradução de: “(...) werden die tatbestandlichen Voraussetzungen des geregelten Zugriffs von einem wertenden Vergleich zwischen diesem Zugriff und einer Maßnahme, die als Eingriff in ein bestimmtes Grundrecht anzusehen wäre, abhängig gemacht.“ BVerfG, 1 BvR 37007/2088, (214). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 15 jan. 2009.

²³⁶ Loc. Cit., Absatz-Nr. (270.)

²³⁷ Loc. Cit., Absatz-Nr. (271.)

²³⁸ Loc. Cit.

²³⁹ Loc. Cit.

9 Análise de caso referente ao levantamento de dados bancários

A sentença (*Urteil*) que estamos analisando refere-se a dois recursos constitucionais interpostos por diferentes proponentes. Ambos os recursos voltaram-se contra o § 5º, al. 2ª, n. 11, fr. 1ª, alt. 1ª e 2ª, VSG, já analisado, e apenas um deles contra o § 5º a, al. 1ª, VSG.

O TCF decidiu que o § 5º a, al. 1ª, VSG, é conforme a LF. Esse consiste em uma prescrição que autoriza as autoridades de proteção à Constituição (*Verfassungsschutzbehörde*) a, em casos isolados, levantar, junto a instituições financeiras, informações sobre envolvimento em pagamentos e sobre movimentação financeira e investimentos. Condiciona essa autorização à circunstância de que as medidas descritas sejam necessárias ao cumprimento de suas tarefas previstas no § 3º, al. 1ª, e também à existência de indícios objetivos de fortes perigos para os bens protegidos mencionados no § 3º, al. 1ª, VSG.²⁴⁰

Seguindo o TCF,²⁴¹ essa norma intervém no “direito de personalidade geral” (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*),²⁴² em sua manifestação como “direito fundamental à autodeterminação informacional” (*Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*).²⁴³ Esse é um direito do indivíduo a, fundamentalmente, determinar por si próprio a divulgação e a utilização dos dados relacionados à pessoa (*personenbezogenen Daten*).²⁴⁴

Informações sobre o conteúdo de contas correntes podem representar dados sensíveis, cujo conhecimento leva à afetação intensa de interesses do

²⁴⁰ Os bens protegidos mencionados no § 3º, al. 1ª, VSG, são: “a ordem democrática liberal” (*freiheitliche demokratische Grundordnung*), a “existência ou a segurança da federação ou de um Estado” (*Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes*), os “interesses externos da República Federal da Alemanha (*auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland*), a “ideias do entendimento entre os povos ou a vivência comum pacífica dos povos” (*Gedanken der Volkerverständigung oder das friedliche Zusammenleben der Völker*). Cf.: ALEMANHA. Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen vom 20 Dezember 1994. Disponível em: <http://www.im.nrw.de/sch/doks/vs/vsg_nrw_2007.pdf>. Acessado em 10 fev. 2009

²⁴¹ Cf.: BVerfG, 1 BvR 37007 2088, (314). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 11 fev. 2009.

²⁴² Art. 2º, al. 1ª, em conexão com o art. 1º, al. 1ª, LF.

²⁴³ Ele foi reconhecido pelo TCF em uma sentença, prolatada em 15 de Dezembro de 1983 (a chamada *Volkszählungsurteil* (sentença do censo)), originada de uma demanda contra a realização de um censo. Conferir: *Datenschutz*. Spiegel Wissen, 16 Dez. 2008. Lexicon. Disponível em: <<http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/94/09/dokument.html?titel=Datenschutz&id=54269049&top=Lexikon&suchbegriff=Informationelle+selsbestimmung&quellen=&qcrubrik=recht.>>

Acessado em: 11 fev. 2009. Cf. também: *25 Jahre Informationelles Selbstbestimmungsrecht*. Spiegel Wissen, 12 Dez. 2008.

²⁴⁴ Loc. Cit.

investigado protegidos jurídico-fundamentalmente.²⁴⁵ Essa intervenção não faz, contudo, com que o § 5ºa, al. 1ª, VSG, seja anticonstitucional. Isso porque, como afirma o TCF, “os interesses públicos perseguidos pelo § 5ºa, al. 1ª, VSG, mostram, contudo, tal peso, que eles não estão fora de proporção com as intervenções de direitos fundamentais reguladas na norma”,²⁴⁶ ou seja, § 5ºa, al. 1ª, VSG, é proporcional em sentido estrito.

Ainda segundo o TCF, os pressupostos do tipo abstrato da norma para a realização da medida interventiva “tem em conta suficientemente o significado da intervenção de direito fundamental para o afetado” (*der Bedeutung des Grundrechtseingriffs für den Betroffenen hinreichend Rechnung Tragen*),²⁴⁷ não sendo necessária uma maior delimitação. O conceito de “fortes perigos” se refere a uma elevada ameaça do bem jurídico. Ademais, a necessidade de existirem indícios objetivos de fortes perigos – estabelecida pelo § 5ºa, al. 1ª, VSG, – torna qualificado o “fundamento real da intervenção” (*tatsächliche Grundlage des Eingriffs*).²⁴⁸

9.1 A ocorrência de uma limitação

Conforme visto, o TCF considera que o § 5ºa, al. 1ª, VSG, é conforme a Constituição. Considera, ademais, que essa prescrição é uma norma que intervém no direito fundamental à autodeterminação informacional. Partindo disso, temos que o § 5ºa, al. 1ª, VSG, representa uma barreira de direito fundamental, e, também, que estamos diante da ocorrência de uma limitação. Vejamos.

O § 5ºa, al. 1ª, VSG, é uma norma como o caráter de regra, uma vez que contém uma fixação plena dentro do fática e juridicamente possível.²⁴⁹ Defendemos neste artigo a definição alexyana de barreira de direito fundamental; conforme ela, uma regra o é quando sua vigência exclui um direito fundamental *prima facie* ou uma liberdade fundamental *prima facie*, surgindo então um não direito ou uma não liberdade definitiva de igual conteúdo.²⁵⁰

²⁴⁵ Loc. Cit., Absatz-Nr. (322.)

²⁴⁶ Tradução de: “Die mit § 5a Abs. 1 VSG verfolgten öffentlichen Interessen weisen jedoch solches Gewicht auf, dass sie zu den in der Norm geregelten Grundrechtseingriffen nicht außer Verhältnis stehen.” Loc. Cit., Absatz-Nr. (323.)

²⁴⁷ Loc. Cit., Absatz-Nr. (324.)

²⁴⁸ Loc. Cit., Absatz-Nr. (325.)

²⁴⁹ Cf.: item “2.1”.

²⁵⁰ Cf.: item “3”.

Há uma posição jurídica, em decorrência da existência do princípio que garante à autodeterminação informacional, consistente no direito fundamental especial²⁵¹ *prima facie* do indivíduo frente ao Estado a que esse não intervenha²⁵² na atuação de determinar por si próprio a divulgação e a utilização de seus dados bancários.²⁵³ O § 5ºa, al. 1ª, VSG, ao autorizar, sob a ocorrência de alguns pressupostos, o levantamento de informações relativas à movimentação financeira de indivíduos, evidentemente, intervém nesse direito. Permitir esse levantamento significa, assim, precisamente, excluir o direito do indivíduo frente ao Estado à não intervenção em seus dados bancários, fazendo surgir um não direito no lugar em que antes havia um direito.

Como se percebe, a norma constante no § 5ºa, al. 1ª, VSG, se encaixa perfeitamente no conceito de barreira de direito fundamental. Como toda barreira, ela ocasiona uma limitação de direito fundamental, ou seja, a exclusão, ou pelo menos a diminuição do alcance, de uma proteção jurídico-fundamental *prima facie*.

9.2 A adoção da teoria ampla do tipo abstrato

O âmbito protegido de uma norma de direito fundamental de defesa é a atuação, a qualidade ou situação, ou, ainda, a posição jurídica que não pode

²⁵¹ “Especial” porque, como facilmente se percebe, está compreendido no direito, mais geral, do indivíduo a que o Estado não intervenha na autodeterminação informacional.

²⁵² Ou, mais precisamente, estorve (*hindern*). Os direitos a atuações negativas, como já foi observado no item “7.2”, classificam-se em: direitos ao não estorvamento de atuações do titular de direito fundamental, a não afetação de qualidades e situações e a não eliminação de posições de direito ordinário. E, como já observado (item “7.2”), o conceito de *intervenção* forma o conceito superior (*Oberbegriff*) para os conceitos de estorvamento (*Hinderung*), afetação (*Beeinträchtigung*) e eliminação (*Beseitigung*).

²⁵³ Há essa posição jurídica porque o direito fundamental à autodeterminação informacional é, claramente, um direito a atuações negativas (direito de defesa). Alguns direitos fundamentais, chamados “direitos fundamentais de proteção”, obrigam o Estado a tornar-se ativo para a proteção dos cidadãos quando bens garantidos jurídico-fundamentalmente são prejudicados ou postos em perigo por terceiros. Nesse sentido, entende-se que o art. 2º, al. 2ª, da LF, não só proíbe intervenções na vida e na saúde da pessoa, mas também ordena medidas para a proteção da vida e da saúde da pessoa diante de perigos atuais provocados por terceiros (MAURER, Hartmut. *Ideia e realidade dos direitos fundamentais*. In: _____. *Contributos para o direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 27). O direito à autodeterminação informacional, justamente por ser entendido também como um direito fundamental de proteção, conduziu a um aumento permanente da contratação, por empresas, de pessoas encarregadas do cuidado de dados (os chamados *Datenschützer*) (cf.: DARNSTÄDT, Thomas; HIPPE, Dietmar. *Digitales Domino*. Der Spiegel, n. 10, p. 42 e 43, März 2008). O fato de ele ser um direito fundamental de proteção não impede que ele tenha também a estrutura de um direito fundamental de defesa; pelo contrário, ter uma estrutura tal é um pressuposto para que ele seja também um direito de proteção. Cf.: BOROWSKI, Martin. *La estructura...*, p. 144.

ser, respectivamente, obstruída, afetada ou eliminada pelo Estado. A teoria ampla do tipo abstrato faz com que pertençam ao âmbito protegido de uma norma de direito fundamental tudo aquilo que é garantido pelo respectivo princípio. Quando algo apresentar a propriedade indicada no tipo abstrato da norma, deverá então pertencer ao âmbito protegido. A fixação do que está ou não *definitivamente* protegido será feita, então, posteriormente, por meio de uma por uma ponderação. As teorias estritas, pelo contrário, buscam critério livres de ponderação para fixar o que faz ou não parte do tipo abstrato.

O TCF considera que a norma presente no § 5^oa, al. 1^a, VSG, intervém no direito da personalidade geral (art. 2^o, al. 1^a, LF) em sua manifestação como direito fundamental à autodeterminação informacional.²⁵⁴ Examina, então, se essa norma é proporcional em sentido amplo. Após verificar que ela é adequada e necessária, realiza uma ponderação para verificar se ela é também proporcional em sentido estrito. Segue para isso os três passos já mencionados. Analisa, primeiro, o grau de intervenção no direito fundamental à autodeterminação informacional. Declara, apresentando argumentos para tanto, que ele é de alta intensidade.²⁵⁵ Apesar da intervenção ser grave, o TCF chega, argumentativamente, ao resultado de que “os interesses públicos perseguidos com o § 5^oa, al. 1^a, VSG,” (*Die mit § 5a Abs. 1 VSG verfolgten öffentlichen Interessen*),²⁵⁶ ou seja, os princípios que o sustentam, apresentam um peso suficiente para que a intervenção nele prevista não seja desproporcional.

Ao determinar a existência dessa intervenção, o TCF considerou, por um lado, que o art. 2^o, al. 1^a, LF, em sua manifestação especial como direito à autodeterminação informacional, protege o indivíduo contra o ato estatal de levantamento junto a instituições financeiras de dados bancários. O âmbito protegido da norma de direito fundamental abrange esse ato estatal. Isso porque, evidentemente, é pressuposto para que uma medida estatal represente uma intervenção em um direito que ela atinja (obstrua, afete ou elimine) algo que é protegido por esse direito. Ao determinar que essa intervenção é constitucionalmente justificada, sendo que satisfaz o princípio da proporcionalidade em sentido amplo,²⁵⁷ o TCF considerou, por outro lado, que o indivíduo não possui *definitivamente* a proteção contra esse ato estatal de levantamento de dados bancários.

²⁵⁴ Cf.: BVerfG, 1 BvR 37007 2088, (316). Disponível em: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html>. Acessado em: 11 mar. 2009.

²⁵⁵ Loc. Cit., Absatz-Nr. (322.)

²⁵⁶ Loc. Cit., Absatz-Nr. (323.)

²⁵⁷ Loc. Cit., Absatz-Nr. (317.)

Ora, ao fazer isso, o TCF seguiu os moldes da teoria ampla do tipo abstrato, sendo que chegou à exclusão da proteção jurídico-fundamental por meio de uma ponderação, e não pela exclusão prévia do âmbito protegido por meio de determinados critérios, como o da inespecificidade de MÜLLER. Ao realizar essa ponderação, o TCF alcançou esse resultado mediante uma confrontação de argumentos e contra-argumentos. Esse procedimento permite que se adquira o nível mais alto possível de racionalidade na resolução de questões normativas.

9.3 A adoção da teoria externa

O TCF afirma que “as informações das contas bancárias podem ser importantes para a proteção da personalidade do afetado e são protegidas pela LF”. Com essa declaração, fica claro que esse tribunal entende existir uma posição jurídica consistente na proteção do sigilo bancário dos indivíduos.

Sendo uma posição jurídica, essa proteção não é um mero conteúdo aparente do direito, um fenômeno a ser elucidado no momento de aplicação do direito. Todavia, o TCF constata que essa ela pode ser excluída, sendo que os princípios que sustentam o § 5ºa, al. 1ª, VSG, fazem dele uma norma constitucional. Assim, a proteção jurídica (direito) que existia antes é eliminada devido à existência de necessidades externas ao direito geral da personalidade. Portanto, para o TCF, assim como para a teoria externa, existem dois objetos jurídicos distintos: o direito em si (que abarcava também a proteção do sigilo das contas bancárias) e o direito limitado (sem essa proteção).

Conclusão

No presente estudo, constatou-se que a teoria das barreiras desenvolvida por ALEXY não é apenas adequada para o entendimento dos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental alemã, mas também é para o entendimento dos previstos no art. 5º da Constituição Federal brasileira. A sua transposição para a compreensão de nosso sistema jurídico não pode, contudo, ser feita de forma acrítica. Nunca podemos nos esquecer de atentar para as particularidades de nossa Constituição.

Muitos autores têm contribuído para o desenvolvimento das teorias dos direitos fundamentais em geral, dos princípios e da proporcionalidade. Todas essas contribuições podem e devem ser utilizadas para aperfeiçoar a teoria das barreiras.

Como resultados, encontramos que o mandamento de ponderação constitui, sim, um procedimento racional de controle da constitucionalidade das barreiras. Encontramos, ademais, que concebendo os direitos fundamentais nos moldes da teoria externa e seu tipo abstrato de forma ampla, alcança-se o maior grau possível de racionalidade nas decisões que envolvem as suas limitações. Esses resultados foram obtidos não somente por meio do estudo *in abstracto* dos direitos fundamentais, mas também por meio da análise de casos concretos.

Referências

ALEXY, Robert. *A fórmula peso*. In:___ *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático*. In:_____ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. In:___ *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. ALEXY, Robert. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. *ARSP-Beiheft*, Stuttgart, N. 51.

_____. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In:___ *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. rev. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. Tradução espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Tradução espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Thirteen Replies*. In:_____ *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Editado por George Pavlakos. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

BAIER, Kurt. *The Moral Point o View: A Rational Basis of Ethics*. Abridged Edition, with a new Preface by the Author. New York: Random House. 1965.

BÜLLOW, Eric. *La Legislación*. In:___ BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996.

BOROWSKY, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, n. 59, p. 29/55, maio/agosto 2000

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla e de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais – limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Band 1. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1990. Tradução brasileira: *Verdade e Método I: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

HECK, Luís Afonso. *Apresentação*. In: ____ Cachapuz, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

_____. *Jurisdição Constitucional: Teoria da Nulidade versus Teoria da Nulificabilidade das Leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Direito e democracia*, Canoas, vol. 1, n. 1, 1^o sem. 2.000.

_____. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-alemã. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 124, out./dez. 1994.

_____. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HESSE, Konrad, *Constitución y derecho constitucional*, In: ____ *Manual de Derecho Constitucional*, editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais S.A., 1996.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Significado de los derechos fundamentales*. In: ____ BENDA et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996.

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: ____ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: ____ KELSEN. *Jurisdição constitucional*. Traduzido por Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KUMM, Mattias. *Liberalen Gerechtigkeitstheorien und die Struktur der Grundrechte*. In: ____ *Juristische Grundlagen Forschung*. Herausgeben von Robert Alexy. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005.

_____. *Political Liberalism and the Structure of Rights*. In: ____ *Law, Rights, Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Editado por George Pavlakos. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

LOTHAR, Michael. *As estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios de igualdade*. Tradução de Luís Afonso Heck. (No prelo).

MAURER, Hartmut. *A revisão jurídico-constitucional das leis do Tribunal Constitucional Federal*. In:____: *Contributos para o direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Contributos para o direito do estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Ideia e realidade dos direitos fundamentais*. In:____ *Contributos para o direito do Estado*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRECHTL, Peter; BURKARD, Franz-Peter. *Metzler-Philosophie-Lexikon: Begriffe und Definitionen*. 2. Aufl., Weimar: Metzler, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.