



O conteúdo essencial dos direitos fundamentais no direito comparado

Ana Maria D'Ávila Lopes

RESUMO

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi criada com a finalidade de evitar que um direito fundamental seja desnaturalizado ou fique desprotegido após a atividade reguladora do Poder Legislativo. É uma garantia que tem sua origem na Alemanha, mas que hoje está também presente no direito espanhol. Nesse sentido, o artigo analisa como a garantia do conteúdo essencial tem sido prevista nesses dois ordenamentos jurídicos, salientando suas diferenças e semelhanças, como forma de contribuir na sua compreensão e possível incorporação no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave

Conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Direito constitucional espanhol. Direito constitucional alemão

ABSTRACT

The writ to protect the essential content of fundamental rights was created with the purpose to avoid that a fundamental right could lose its essence or become without protection as a consequence of the regulatory activity of the Legislative Power. The writ was created in Germany, but today it also exists in Spain. Therefore, this article has the objective of analyzing how the writ of essential content of fundamental rights was established in both juridical systems; emphasizing their differences and similarities, as a contribution to its comprehension and possible incorporation to Brazilian law system.

Key-words

Essential content of fundamental rights. Spanish constitutional law. German constitutional law

¹Doutora em Direito Constitucional pela UFMG Professora do Mestrado em Direito da UFC

1. Introdução

A natureza principiológica¹ dos direitos fundamentais, que os caracteriza como semântica e estruturalmente abertos, exige, na maioria das vezes, sua concretização via normas infraconstitucionais, o que provoca a imposição de diversos limites ao exercício desses direitos. Nesse sentido, a garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo evitando excessos que possam desnaturalizar o conteúdo essencial desses direitos.

Em razão da sua importância e eficácia na defesa dos direitos fundamentais, a garantia do conteúdo essencial foi pacificamente incorporada em diversos ordenamentos jurídicos europeus. Dentre eles, mencionam-se o sistema alemão e o espanhol, os quais apresentam algumas particularidades importantes.

2. A garantia do conteúdo essencial no direito alemão e no direito espanhol

O primeiro aspecto, e talvez o principal a ressaltar, é a diferença existente entre o ordenamento alemão e o espanhol a respeito da finalidade da garantia. Assim, enquanto o artigo 19.2² da Lei Fundamental de Bonn estabelece como limite específico à **restrição** de um direito fundamental o respeito à sua essência, o artigo 53³ do texto constitucional espanhol prescreve o conteúdo essencial como limite ao poder de **regular** qualquer direito fundamental. Observe-se que, na Alemanha, resulta duvidoso determinar se a garantia do conteúdo essencial atua apenas na atividade restritiva de um direito fundamental ou também sobre qualquer atividade normativa que lhe seja referente. Contrariamente, na Espanha, o respeito ao conteúdo essencial é claramente exigido em todos os casos em que se regule ou restrinja um direito fundamental.

Outro aspecto importante que diferencia os sistemas espanhol e alemão refere-se à maneira como o conteúdo essencial é determinado. Na doutrina, em geral, existe uma profunda dissensão sobre o conceito e a determinação do conteúdo essencial, o que, ainda assim, não diminui a importância da garantia na defesa dos direitos fundamentais, mas apenas mostra até que ponto o tema pode ser conflitivo, exigindo do Tribunal Constitucional a enorme responsabilidade da determinação e proteção do conteúdo essencial.

O problema da imprecisão do conceito de conteúdo essencial resolve-se, precisamente, por meio do controle de constitucionalidade da lei reguladora do direito fundamental. É o Tribunal Constitucional, pois, quem decide quais são as convicções generalizáveis, quais são os interesses protegidos e quais são as

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

faculdades que fazem um direito recognoscível como tal⁴. Desse modo, será o Tribunal Constitucional quem deverá escolher entre o método da determinação geral e abstrata do conteúdo essencial ou o método da determinação específica de seu sentido em cada caso concreto. O Tribunal alemão tem adotado o primeiro método, enquanto que o Tribunal espanhol tem acolhido um método híbrido, consistente na adoção original da determinação geral e abstrata do conteúdo essencial, mas levando em consideração sua particular aplicação no caso concreto.

Por outro lado, na Alemanha, a incorporação da garantia do conteúdo essencial foi conseqüência da negativa experiência vivida durante a vigência da Constituição de Weimar de 1919, quando não foi possível evitar os excessos cometidos pelo Poder Legislativo no referente à regulação dos direitos fundamentais, provocando a desconfiança nas funções do legislador ordinário e motivando a necessidade da incorporação de uma garantia que especificamente resolvesse esse problema. Desse modo, incorporou-se na Lei Fundamental de Bonn de 1949 o artigo 19, proibindo ao legislador efetuar qualquer alteração restritiva ao conteúdo essencial (*wesensgehalt*) dos direitos fundamentais.

Essa inovação, segundo explica Stern⁵, já antes fora utilizada por Carl Schmitt no referente ao conteúdo central da Constituição e das garantias institucionais. Nessa época, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais era definido com base nas propriedades decorrentes da sua substância básica - núcleo essencial -, isto é, das características que os distinguiam como tais, não se aplicando a propriedades incidentais ou ocasionais⁶.

Observe-se, pois, que, inicialmente, o ordenamento alemão adotou a teoria absoluta do conteúdo essencial, por meio da qual tentou reconstruir um âmbito no qual o titular de um direito fundamental pudesse decidir sobre o exercício e conteúdo desse direito e que, simultaneamente, esse âmbito estivesse excluído de qualquer possível regulação normativa, o que lembra à concepção jusnaturalista do Direito. Para a determinação desse âmbito, utilizaram-se

² Art. 19 da Lei Fundamental de Bonn:

“1. cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso en concreto y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental.
= (...).”

³ Art. 53 da Constituição da Espanha:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

(...).”

⁴ GAVARA CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1994. p. 355.

dois critérios: o primeiro foi o conceito de liberdade ativa, concebido como a determinação de um espaço no qual o titular do direito adota suas próprias decisões, conforme a teoria do *status* de Jellinek⁷; o segundo critério, consistiu em distinguir, dentro do conteúdo de um direito, um âmbito interno e outro externo, o que remete à teoria schmittiana da garantia institucional e do núcleo de um direito, admitindo apenas a eventual afetação do âmbito externo de um direito fundamental.

No entanto, as críticas e os problemas decorrentes da adoção desses critérios não tardaram a aparecer. Assim, sobre a adoção da visão de Jellinek, afirmou-se que:

- a) a ausência da exigência do princípio de reserva de lei para regular certos direitos fundamentais não pode ser considerada como equivalente a um âmbito no qual está excluída a regulação estatal. O Tribunal Constitucional alemão, por exemplo, admitiu que o Poder Legislativo estabelecesse limites externos a esses direitos, com base na proteção dos direitos fundamentais de terceiros pessoas e de bens jurídicos de interesse geral;
- b) em alguns direitos não é possível determinar o conteúdo essencial identificado com o âmbito de decisão do titular sobre o objeto do direito, visto que alguns direitos fundamentais estruturam-se:
 - em forma de proibição concretizada em uma obrigação do destinatário, da qual não decorre um âmbito de decisão do titular, mas um âmbito de abstenção do destinatário;
 - em forma de proibição de afetação de bem jurídico protegido pelo direito fundamental;
 - como uma declaração de inviolabilidade equivalente a uma proibição de ações ilegais por parte do destinatário do direito fundamental.
- c) nos direitos fundamentais, com maior repercussão social, também não é possível determinar o conteúdo essencial absoluto em razão da sua tendência em provocar conflitos com direitos de terceiros pessoas ou bens jurídicos de interesse geral.

Já as críticas sobre o critério de definir o conteúdo essencial como expressão de um núcleo substancial podem resumir-se nas seguintes:

- a) uma norma sobre direito fundamental pode ser declarada inconstitucional sem a necessidade de se recorrer à idéia do núcleo essencial;

⁵ STERN, Klaus. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 248.

⁶ GAVARA DE CARA, J. op. cit. p. 212.

⁷ JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

- b) a violação ao núcleo essencial exige a sua reconstrução mediante a utilização de critérios extraconstitucionais para a determinação do tipo, identidade e função dos direitos fundamentais; o problema é que essa reconstrução realiza-se simultaneamente com o controle de constitucionalidade, perdendo sua objetividade;
- c) a consideração da existência de um núcleo e de uma parte periférica implica excluir do controle de constitucionalidade a parte periférica ou acidental do direito, com o qual, o objeto do controle se reduz a apenas a uma parte da disposição constitucional.

Na atualidade, o controle da constitucionalidade de lei reguladora de direito fundamental inicia-se com a determinação da incidência da lei nos elementos configuradores do direito, isto é, a incidência em relação ao titular, destinatário e objeto do direito fundamental. Para controlar a incidência em relação ao titular, recorre-se ao princípio de igualdade. No caso de incidência no destinatário e no objeto, resulta útil a proibição da arbitrariedade, que se configura na falta de uma justificação objetiva para a afetação do direito. Paralelamente, analisa-se se o Poder Legislativo tem realizado sua atividade reguladora cumprindo os requisitos exigidos pelo princípio de legalidade em matéria de direitos fundamentais. A constatação da extralimitação na competência material implica sua inconstitucionalidade. Posteriormente, passa-se à determinação do conteúdo essencial, o que é realizado por meio dois mecanismos:

O primeiro mecanismo pode ser analisado com base em três elementos:

- a) o critério de identificação: consiste em considerar a natureza jurídica do direito fundamental como equivalente à forma como esse direito é concebido, o que constitui um critério externo à letra da própria disposição de direito fundamental, isto é, o conteúdo essencial identifica-se com a norma de direito fundamental, e não com a disposição que a regula, o que decorre em duas contradições:
 - o respeito ao conteúdo essencial deve ser protegido pelo controle de constitucionalidade da disposição constitucional como um todo e não apenas em relação a uma parte, ainda que essa parte seja o “núcleo”;
 - o método de determinação do conteúdo essencial é considerado o mesmo tanto para um direito fundamental como para um direito subjetivo. Tradicionalmente, tem-se considerado que os direitos subjetivos dependem de construções doutrinárias; por isso, o Tribunal alemão acostuma determinar a infração ao conteúdo essencial de um direito subjetivo comparando a linguagem usada nos disposições normativas e a metalinguagem jurídica, ou seja, a terminologia específica que reflete as idéias generalizadas e as convicções geralmente admitidas pelos especialistas em Direito, ainda que, obviamente, o controle de

constitucionalidade tenha como principal referência a disposição de direito fundamental e não a doutrina.

b) o critério de determinação da infração do conteúdo essencial deve considerar:

- a preexistência do *nomen* e do alcance do direito subjetivo em relação ao momento em que esse direito é regulado pelo legislador. É uma preexistência teórico-conceitual e independente da norma que estabelece o direito;

- a vulnerabilidade do conteúdo essencial identificado com a “reconoscibilidade do tipo⁸ abstrato da norma” preexistente conceitualmente à sua regulação concreta. A reconoscibilidade do tipo abstrato implica a necessidade de ser determinada com anterioridade a sua aplicação, para evitar que esse parâmetro de validade seja “reconstruído” apenas no momento do controle de constitucionalidade, gerando insegurança;

c) a finalidade da determinação do conteúdo essencial deve ser a identificação com a forma como o direito fundamental foi concebido ou configurado pelo legislador constituinte, para que depois da sua possível e necessária regulação legislativa, seja possível determinar se provocou-se desnaturalização ou não.

Esta primeira metodologia para a determinação do conteúdo essencial apresenta uma enorme dependência da tradição do Direito Privado. Assim, o critério de identificação está intimamente vinculado à teoria tradicional sobre o conceito de direito subjetivo, identificado como o poder da vontade, ou seja, como o poder de disposição que compreende um conjunto de faculdades e cujo exercício atribui-se ao seu titular. Tal concepção apresenta uma série de dificuldades⁹, dentre elas, a impossibilidade de se identificar todos os direitos fundamentais como direitos subjetivos, visto que muitos são redigidos na forma de proibições de afetação de um bem jurídico. Outra dificuldade consiste em que, teoricamente, todo direito subjetivo apresenta como contraposição um dever, também determinado pela norma, com o que o “direito” do titular dependerá do “dever” do destinatário da norma.

Conclui-se que, identificar o conteúdo essencial com as faculdades do titular (direito subjetivo) implica uma visão restrita dos direitos fundamentais o qual provoca uma enorme insegurança jurídica para o legislador, em razão de que:

- provoca uma dependência com a doutrina, na medida em que será ela a que irá desenvolver o tipo abstrato preexistente na norma, a partir da elaboração de conceitos e noções jurídicas. Gavara Cara leciona que “el recurso a las ideas o convicciones de los juristas implica juzgar las leyes con parámetros extraconstitucionales de dudosa seguridad

⁸ No Direito alemão, o termo *tipo* - hipótese normativa - não se restringe ao direito penal.

jurídica”¹⁰;

- o critério utilizado para a determinação da infração ao conteúdo essencial - a recognoscibilidade do tipo abstrato - exige que se realize uma análise sobre se as faculdades ou possibilidades de atuação necessárias do direito permaneceram intactas e sem sofrer alterações como consequência da regulação estatal. O problema é que esse critério depende, por sua vez, do critério utilizado pela jurisprudência, o qual somente é conhecido no momento em que se realiza o controle de constitucionalidade;

- o critério de identificar o conteúdo essencial com o modo como o direito fundamental foi concebido ou configurado dirige-se a determinar a idéia que dele se tinha no momento histórico em que foi criado. Na verdade, é um critério que remete à concepção schmittiana da garantia institucional, na qual se reconhece um núcleo inalterável por via legislativa, e um zona exterior suscetível a modificações. É uma opção que pode resultar na “petrificação” do direito, já que o que se identifica com o núcleo não pode ser modificado, contradizendo a aparente opção da historicidade. Para evitar cair nessa aparente contradição, aceitam-se alterações no núcleo, na medida em que não signifiquem a sua desapareição, anulação ou destruição, o que, pela sua vez, implica uma tentativa de adaptação evolutiva do Direito, o que não diminui a insegurança do legislador visto que ele deverá, novamente, esperar o resultado do critério jurisprudencial utilizado no controle de constitucionalidade o qual, evidentemente, poderá sofrer constantes modificações.

O segundo mecanismo que o Tribunal Constitucional utiliza para determinar o conteúdo essencial assenta-se na teoria de Ihering, que identifica o conceito de direito subjetivo com os interesses juridicamente protegidos. Tais interesses configuram-se a partir de dois elementos: o substancial, que se identifica com a finalidade prática do direito, e o formal, que concebe essa finalidade como um meio, ou seja, como a proteção do direito. É uma teoria que procura objetivar o direito subjetivo concebendo-o a partir de seu objeto, incorrendo em dois erros:

- a) os direitos fundamentais são categorias complexas, nas quais não é suficiente sua determinação a partir apenas da delimitação do objeto de proteção, visto que existem uma série de outros fatores, como as obrigações do destinatário;
- b) os interesses juridicamente protegidos somente se relacionam com o objeto de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que

⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 37, n. 148, 2001, p. 127 – 139.

¹⁰ GAVARA CARA, J. op. cit. p. 351.

seja possível delimitar seus contornos em relação ao benefício obtido pelo titular. O problema resulta em reduzir o interesse juridicamente protegido apenas aos benefícios que um determinado titular possa obter, confundindo-se o pressuposto de fato da norma, sobretudo porque nem sempre o objeto de proteção pode ser plenamente identificado com um benefício do titular.

Recentemente, entretanto, o Tribunal alemão tem optado por não utilizar a referência ao direito subjetivo, em virtude dos problemas já mencionados. Para a determinação do conteúdo essencial, o Tribunal tem considerado os direitos fundamentais como categorias constitucionais analisadas abstratamente. Tal modelo, baseado na generalização, não se mostra muito útil, visto que, em muitas situações concretas, o conteúdo essencial previamente definido não pode ser aplicado.

Contrariamente, no direito espanhol, fala-se, com razão, que o conceito do conteúdo essencial é um conceito “jurídico indeterminado”, cujo alcance e significado não podem ser fixados de maneira geral, senão que hão de ser especificados em relação a cada direito fundamental¹¹. Em consequência, mostra-se importante conhecer a doutrina jurisprudencial estabelecida pelo Tribunal Constitucional espanhol¹² em sua sentença 11/81, proferida em 8 de abril de 1988, tendo como membro a Luis Díez Picazo, na apreciação do “recurso de inconstitucionalidade” contra diversos artigos do decreto-lei 17/77 (4 de março de 1977), regulador do direito de greve, pronunciando-se da seguinte forma:

Constituyen, el contenido esencial de un derecho subjetivo, aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente a ese tipo (...). Todo ello referente al modelo histórico que cada caso trata y a las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales (...). Se puede hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte, del contenido del derecho, que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidas. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección¹³.

Dessa parte da sentença, depreende-se que:

a) o conteúdo de um direito está constituído por aqueles elementos

¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madri: Debate, 1990, p. 141-142.

¹² PAREJO, A. Alfonso. *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 174-175.

mínimos que o tornam recognoscível e que impedem sua transformação em outro direito;

- b) para determinar o conteúdo essencial não é suficiente levar em conta o disposto no texto constitucional, mas ter presente outros conceitos jurídicos e as convicções geralmente admitidas pelos juristas;
- c) trata-se do conceito de um valor absoluto e não relativo, pois sempre vai conservar seus traços essenciais, qualquer que seja a circunstância;
- d) existe um conteúdo essencial próprio e diferente em cada um dos direitos fundamentais, ou seja, sobre seus alcances não se pode fazer uma afirmação geral.

A partir da determinação do que podia ser entendido por conteúdo essencial, nessa mesma sentença, o Tribunal Constitucional também fixou os limites cabíveis à atividade reguladora do Poder Legislativo em matéria de direitos fundamentais:

- a) limites estabelecidos diretamente pela Constituição, como a restrição à liberdade religiosa, ideológica e de culto, pela necessária manutenção da ordem pública, mencionada no artigo 16.1 da Constituição espanhola;
- b) limites derivados mediata ou imediatamente da Constituição diante da necessidade de proteger outros direitos fundamentais;
- c) limites mediata e imediatamente derivados do texto constitucional pela necessidade de proteger outros bens constitucionalmente tutelados.

No primeiro caso, não resulta complicado justificar a limitação, pois ela surge do próprio texto constitucional; o que, talvez, pudesse ser discutido seria sua conveniência no interior de um ordenamento determinado, mas não sua recepção positiva.

Os dois últimos casos, entretanto, não dizem muito, pois continua-se com a exigência da especificação do direito fundamental, o que só pode ser realizado por meio da atividade do legislador ordinário ou do Tribunal Constitucional.

O supremo intérprete da Constituição espanhola concluiu considerando que, para delimitar o conteúdo essencial de um direito fundamental, deveriam ser seguidos dois caminhos complementares: o primeiro consistia em tentar descobrir a natureza jurídica do direito, para o que dever-se-ia estabelecer a relação entre a linguagem usada nas disposições normativas e as idéias gerais e convicções admitidas pelos juristas, ou o que alguns autores chamam de *metalinguagem*; e o segundo caminho seria buscar e determinar os interesses juridicamente tutelados como único meio para sua real e efetiva proteção, o que dependeria, evidentemente, do caso concreto¹⁴.

¹³ PAREJO, A. op. cit. p. 186.

3. Conclusões

A influência da experiência alemã não se limitou, entretanto, ao ordenamento constitucional espanhol, servindo como fonte de inspiração para outros sistemas, como é o caso do português, no qual também se reconhece, ainda que de maneira indireta, a exigência de se respeitar o conteúdo essencial de um direito fundamental. Com efeito, o artigo 18.3 da Constituição do Portugal dispõe que “no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”.

Outros ordenamentos, ainda que não contenham nenhuma menção constitucional expressa sobre o assunto, foram influenciados pela experiência alemã, através da jurisprudência, como acontece no Conselho Constitucional francês, na Corte Constitucional italiana e no Tribunal Constitucional austríaco.

Finalmente, é importante ter presente que, ainda que a garantia do conteúdo essencial tenha surgido basicamente para limitar os abusos normativos da atividade reguladora do legislador ordinário, isso não impede, senão exige, que o alcance da garantia atue também em todas as fases da aplicação dos direitos fundamentais, na medida em que constitui o “limites dos limites” ou, como no direito alemão é referida, “limita a possibilidade de limitar”, isto é, assinala o limite que indica onde já não é mais possível a atividade limitadora ou reguladora dos direitos fundamentais, qualquer que seja a natureza dessa atividade, legislativa ou jurisprudencial¹⁵.

O controle de constitucionalidade em matéria de direitos fundamentais permite, por outro lado, desenvolver a idéia de que o legislador, nas suas decisões normativas, deve cumprir, a obrigação de ser objetivo, o que decorre na proibição de qualquer arbitrariedade. O Estado deve justificar objetivamente suas decisões normativas ou, pelo menos, essas devem ser justificáveis perante a Constituição. Essa objetividade, que garante a proteção do Estado de Direito, baseia-se no princípio de constitucionalidade, isto é, da sujeição de todo poder público à Constituição¹⁶, o que, pela sua vez, confere segurança ao sistema jurídico e caracteriza os direitos fundamentais como seus elementos legitimadores.

4. Referências bibliográficas

ABAD, Samuel. Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. *Themis*. segunda época, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 21, 1992.

¹⁴ PRIETO SANCHIS, L. op. cit. p. 143.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1994.

HÄBERLE, Peter. Recientes aporte sobre los derechos fundamentales en Alemania. In: *Pensamiento Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 5. ed. Paris: Montchrétien, 1972

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Madri: Centro de Estudios

Constitucionales, 1983.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1981.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. Os direitos subjetivos: última tentativa de salvação da teoria do direito

¹⁵ OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madri: Cuadernos Civitas, 1988, p. 126.

¹⁶ Aliás, hoje mais do que *sujeição* fala-se de *vinculação*, que tem um sentido mais forte do que o termo *sujeição*, já que este se refere apenas à não-adoção de condutas ou não realização de atos contrários à Constituição, enquanto que a *vinculação* significa que, além de respeitar, deve cumprir e fazer cumprir os direitos fundamentais, isto é, cria a obrigação de potencializar a efetividade do cumprimento dos direitos fundamentais.