

CONTEÚDO ESSENCIAL: ELEMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA GRAVITAÇÃO QUÂNTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essential content: element on the construction of a quantum-gravitational theory of fundamental rights

Rodrigo Lobato Oliveira de Souza* 

Resumo: A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser levada a sério. Para tanto, deve-se ultrapassar as barreiras gnosiológicas que se lhe opõem as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que nela reconhecem, retoricamente, um mero reforço argumentativo de proteção que, ao fundo, se equaliza à proteção conferida pela proporcionalidade (vedação de excesso). A superar tal relativização, e assim defender a autonomização da garantia, identificando-se um “conteúdo essencial” sujeito à proteção absoluta, propugna-se a construção de uma Teoria da Gravitação Quântica dos Direitos Fundamentais, cujas proposições lógicas oferecidas se voltam a demonstrar a operacionalidade e funcionalidade autônoma do conteúdo essencial, bem como a força gravitacional que o mesmo exerce sobre toda a sistemática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; conteúdo essencial; física quântica; gravidade.

Resumo em língua estrangeira: The guarantee of the essential content of fundamental rights must be taken seriously. Therefore, it is first necessary to overcome the gnoseological boundaries that stem from the doctrinal and jurisprudential contentions that recognize in it, rhetorically, only a backup mechanism of protection equalized to the protection conferred by proportionality. Going beyond this relativization, and thus defending the guarantee’s autonomy, identifying an “essential content” subjected to an absolute protection, a Quantum-Gravitational Theory of Fundamental Rights is proposed, whose logical propositions aim to demonstrate the essential content’s autonomous operationality and functionality, as its gravitational force over the whole system of fundamental rights.

Palavras-chave em língua estrangeira: fundamental rights; essential content; quantum physics; gravity.

* Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Submissão em: 05/09/2023 Aprovação em: 21/09/2023 e 05/03/2024

Editor: Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte 



INTRODUÇÃO

Muito se fala, tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, que os direitos fundamentais devem ser resguardados em seu conteúdo essencial, vinculando-o, em geral, a uma ideia abstrata de parcela existencial do direito sem a qual seu exercício se tornaria impossibilitado. No espectro doutrinário, restringem-se os teóricos, em sua maioria, a afirmar a sua função protetiva à guisa do parâmetro de controle da vedação de excesso (princípio da proporcionalidade em sentido amplo)¹, em especial pela aplicação da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), retirando-lhe, assim, qualquer significado jurídico-constitucional autônomo. Da banda jurisprudencial, por sua vez seguindo os filões doutrinários que o equalizam ao controle da vedação de excesso, tende-se a manejar a garantia do conteúdo essencial com fins meramente retóricos e de reforço argumentativo. Ponto comum, tanto a doutrina quando a práxis jurisprudencial pecam pela ausência de um delineamento razoável acerca da garantia. De toda forma, a operacionalização da garantia do conteúdo essencial, bem como a sua compreensão conceitual *per se* – ou seja, daquilo que vem a ser “conteúdo essencial” –, ficam relegadas ao mero acaso, carecendo, assim, de autonomia científica e teórico-dogmática, e de normatividade.

Assim, questiona-se: do que se trata a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais? Como conceituar o que vem a ser ou pode ser compreendido como “conteúdo essencial”? O que significa um direito fundamental possuir um “conteúdo essencial”? Existe, de fato, tal possibilidade? Quais seriam os critérios para a definição de seu(s) elemento(s) integrante(s)? Quais consequências jurídico-constitucionais podem ser extraídas de sua existência?

Por óbvio, tais questionamentos só podem receber um razoável esclarecimento pela perspectiva jurídico-constitucional. Disso, deve-se questionar, à luz do título do presente excuro, qual a relação de adequabilidade da Teoria da Gravitação Quântica para com a garantia do conteúdo essencial e a teórica-dogmática dos direitos fundamentais. Decerto que aqui não se pretende a construção, estruturação e o delineamento da problemática suscitada pela via da Física Teórica, mas tão somente a assunção de proposições fundamentais a ela subjacentes para que se logre uma análise mais acurada da garantia do conteúdo essencial e a sua relação para com a teórica-dogmática dos direitos fundamentais. Ademais, o que se pretende é uma autonomização da garantia do conteúdo essencial como forma de harmonização para com a função garantística da vedação de excesso, compreendendo-se, portanto, a aceitação de uma Teoria da Gravitação Quântica dos Direitos Fundamentais.

¹ Como bem salienta Novais (2003, p. 729), deve-se falar em princípio da proibição/vedação de excesso, pois esta não se confunde com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, *locus* por excelência da ponderação.

1 FÍSICA QUÂNTICA, GRAVIDADE E CONTEÚDO ESSENCIAL

A Teoria da Gravitação Quântica ou Teoria Gravitacional Quântica (Ashtekar, 2005) constitui um complexo de proposições teóricas voltadas, em essência, à compatibilização entre as assunções teóricas da relatividade geral e da mecânica quântica, perscrutando por formas de unificação das quatro forças fundamentais, o eletromagnetismo, as forças nucleares forte e fraca, e a gravidade (Hawking, 2015, p. 205 *et seq.*). Ao fundo, busca-se uma proposição teórica unificada que consiga analisar e explicar a atuação da força gravitacional ao nível quântico, ou seja, o *modus operandi* do gráviton – partícula virtual elementar que carrega a força gravitacional (Hawking, 2015, p. 96) – na sua interação com os demais campos e forças. Como aponta Rovelli (2017, p. 150-151), “A gravidade quântica é outra coisa: não basta descrever “grávitons”, é o próprio espaço que é “quantizado”.

Uma operacionalização válida dos princípios fundamentais da Física Quântica para fins de um empreendimento analítico-científico no âmbito do Direito Constitucional tem por base a assunção de *topoi* como a “granularidade”, o “indeterminismo” (possibilismo) e a “relacionalidade”, observando-o ao nível quântico de suas interações com a realidade subjacente (Souza, 2018, p. 186).

Em breve apontamento, pode-se afirmar que a “granularidade” assume as relações entre “dever-ser” constitucional e o âmbito fático do “ser” como interações dinâmicas ao nível subatômico; o “indeterminismo” busca compreender tais interações pela via possibilística, na qual a eficácia do Direito Constitucional é elevada a um constante de otimização, assumindo-se dinâmico por essência; e a “relacionalidade” compreende as interações “dever-ser” constitucional e “ser” pelo vetor da “força bidirecional de relacionalidade”, em que Direito Constitucional e realidade subjacente se curvam reciprocamente (Souza, 2018, p. 188). Ainda, por tal ótica quântica de análise, vê-se no Direito Constitucional um complexo de grandeza quantizada. Ou seja, há no Direito Constitucional o que se pode apontar como *quanta* das normas constitucionais, pelo que se reconhece na normatividade constitucional “pacotes de energia” irreduzíveis e oponíveis como força própria de atração (força centrípeta) e repulsão (força centrífuga). Até este ponto, vê-se, então, a compreensão sobre a “quanticidade” do Direito Constitucional. Mas, e a gravidade? Onde está a incompatibilidade que se quer desfazer com a pretensão de unificação, tal e qual se pretende com a Teoria da Gravitação Quântica ao buscar a compatibilização entre as forças nucleares forte e fraca, eletromagnetismo e gravidade? A limitação teórica que se quer ultrapassar está na incompatibilidade, ao menos *a priori*, entre a natural limitabilidade dos direitos fundamentais (Novais, 2017)² e a necessidade de se reconhecer um conteúdo essencial intangível.

² Neste sentido, assevera Novais (p. 74): “E pode dizer-se que essa limitabilidade decorre da própria natureza dos direitos fundamentais e do sentido da sua consagração constitucional”.

Poder-se-ia afirmar, a princípio, e de um ponto de vista filosófico-axiológico e teórico-jurídico, que o Direito Constitucional é em si dotado de “gravidade”, eis que, formal e materialmente, constitui o epicentro do ordenamento jurídico, responsável pela própria unicidade da sistemática jurídica. Entretanto, a avocação da “gravidade” que aqui se faz, em especial sob os auspícios dos pressupostos teóricos da Mecânica Quântica – apontados supra –, tem intenção outra, senão vejamos.

Considerados os direitos fundamentais como o *punctum saliens* do constitucionalismo democrático (Novais, 2017, p. 60 *et seq.*), pode-se enxergar na garantia do conteúdo essencial o *locus* gravitacional responsável pela curvatura do respectivo espectro espaço-tempo da relação Constituição (“dever-ser”) e realidade (“ser”). Neste sentido, falar em conteúdo essencial de um direito fundamental é nele reconhecer a função de “grávitons” que exerce sobre a sua própria existência e proteção, além de exercer tal força de campo sobre a própria teórica-dogmática dos direitos fundamentais. Entretanto, para tal se faz necessária a assunção de uma pressuposição teórica que nele – conteúdo essencial – compreenda o desempenho de uma autonomia funcional de proteção, como núcleo duro indispensável, intransponível e absoluto.

Como já referido, subjacente a tal intento, vê-se a necessidade de se ultrapassar uma apriorística incompatibilidade teórica, qual seja, aquela existente entre o reconhecimento de um conteúdo essencial intangível e a natural limitabilidade dos direitos fundamentais³. No centro de tal incompatibilidade, questiona-se: como conferir autonomia teórica-dogmática à garantia do conteúdo essencial, de forma tal que se diferencie da função desempenhada pela vedação de excesso (princípio da proporcionalidade em sentido amplo), sem que isso implique em contradição com o pressuposto natural da inerente limitabilidade dos direitos fundamentais? Mais especificamente, deve-se buscar uma forma de harmonização entre a assunção da limitabilidade dos direitos fundamentais e o reconhecimento de uma parcela nuclear de proteção absoluta destes.

2 CONTEÚDO ESSENCIAL: SIGNIFICADOS PERANTE A TEORÉTICA-DOGMÁTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Do ponto de vista da evolução histórico-constitucional, surge o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) como uma forma de garantia aos direitos fundamentais no âmbito do constitucionalismo germânico do pós-guerra, previsto no art. 19, nº 2, da Constituição alemã de 1949

³ Neste ponto, interessante notar que há posicionamentos contrários à dita pressuposição, tal qual Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 117) ao considerar a inexistência de direitos absolutos “uma ideia absolutamente equivocada”, oferecendo, como exemplo, a vedação da tortura (Art. 5º, III, CRFB/1988) como direito de caráter absoluto. Em verdade, tal acaba por decorrer do reconhecimento de um caráter normativo-estrutural duplo dos direitos fundamentais, posto que podem ser garantidos tanto na estrutura de regras como na de princípios. Uma vez albergados como regras, por decerto serão ilimitáveis, ou melhor dizendo, irrestringíveis.

(*Grundgesetz*)⁴. Como bem apontam Frotscher e Pieroth (2015, pp. 395-396), a decisão constituinte por albergar a garantia do conteúdo essencial (*Die Wesensgehaltgarantie*) dos direitos fundamentais, junto à previsão da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para a defesa destes, dirigiu-se ao recrudescimento dos limites constitucionais à restringibilidade dos direitos fundamentais, notadamente como forma de fortalecimento da qualidade e da força jurídico-constitucional de realização dos mesmos em reação às nefastas experiências do regime anterior.

Quatro filões teóricos intentam oferecer-lhe um significado jurídico-constitucional.

In primis, as teorias subjetivas e objetivas buscam compreender o seu âmbito de proteção pessoal no aspecto da titularidade. Assim, para as teorias subjetivas, a garantia do conteúdo essencial visa ao reconhecimento, como direito subjetivo-público, de uma forma de proteção intangível reconhecida a todo titular de direito fundamental como posição jusfundamental individual (Drews, 2005, p. 77). De outra banda, as teorias objetivas propugnam uma compreensão que dota a garantia do conteúdo essencial de um significado institucional-objetivo como princípio objetivo informador de toda a sistemática constitucional, voltado à proteção institucional dos direitos fundamentais como um todo (Drews, 2005, pp. 77-78).

In secundis, as teorias relativas e absolutas procuram desenvolver, na garantia do conteúdo essencial, o significado no que toca ao seu âmbito de proteção material, ou seja, o que de fato vem a integrar, para fins de proteção, esse núcleo duro intangível. Para as teorias relativas, o conteúdo essencial de um direito fundamental constitui o produto do fluxo de balanceamento da respectiva posição *prima-facie* do âmbito de proteção para com os demais direitos, bens, valores e interesses protegidos ao nível jurídico-constitucional, equivalendo, assim, a uma forma de quantização móvel decorrente do processo de ponderação, razão pela qual, ao final, acaba por se igualar ao princípio da proporcionalidade (Drews, 2005, p. 66). Já para as teorias absolutas, o conteúdo essencial existe como parcela nuclear absoluta de um direito fundamental, em caso algum estando sujeita a ponderações/relativizações, posto que conteúdo alheio ao fluxo restringível do tráfego jurídico-constitucional (Drews, 2005, p. 62-63).

De uma perspectiva crítica, e em que pesem as deficiências ou dificuldades dos demais posicionamentos teóricos, apenas as teorias relativas apresentam um déficit compreensivo sobre a garantia do conteúdo essencial. Ainda que a princípio possa ser considerado o único filão teórico a possibilitar um grau de operacionalidade ao “conteúdo essencial”, é ao mesmo tempo o único que peca em lhe conferir autonomia funcional-existencial, senão vejamos.

Ao propugnar a relativização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, ao defender o seu apontamento tópico pela esteira de uma determinação casuística vinculada à

⁴ Dispõe o referido artigo: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”. Tradução nossa: “Em caso algum deve um direito fundamental ser tangenciado em seu conteúdo essencial”.

ponderação entre direitos, bens, valores e interesses protegidos jurídico-constitucionalmente, as teorias relativas minam qualquer sentido de proteção absoluta que possa ser conferido a tal conteúdo. Ao fundo, o posicionamento relativista decorre da assunção teórica-estrutural dos direitos fundamentais pelo modelo principiológico em conjugação com o modelo teórico externo das restrições, pelos quais se reconhece uma cisão no âmbito de proteção, em que a primeira parcela, anterior à incidência de restrições, alberga um conteúdo *prima-facie* do direito, enquanto a segunda parcela daquele âmbito, passível de definição somente após a incidência de restrições, abraça um conteúdo definitivo do direito (Borowski, 2018, p. 206 *et seq.*). Daí extrai-se a compreensão de que o âmbito de proteção de um direito fundamental constitui uma espécie de grandeza móvel impossível de definição e estipulação apriorística, motivo pelo qual a defesa de uma parcela absoluta (conteúdo essencial autônomo e intangível) se tornaria inviável dada a própria natureza (limitável/restringível) dos direitos fundamentais.

Neste sentido, como o apontamento do conteúdo definitivo de um direito fundamental só se torna possibilitado após a incidência das restrições que lhe são concretamente opostas, somente após a realização de um processo de controle ponderativo, nomeadamente pela via da proibição de excesso (proporcionalidade em sentido amplo), é que uma dada proteção definitiva pode ser aventada. Ou seja, após a realização do controle pela vedação de excesso, o produto da ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) constitui, *per se*, o conteúdo essencial do direito fundamental. Portanto, na esteira do filão teórico relativo, a garantia do conteúdo essencial nada mais é do que a própria proteção decorrente do princípio da proporcionalidade, carecendo, assim, de operacionalização funcional-protetiva e autonomia teórico-dogmática.

Isto posto, importa questionar: se à garantia do conteúdo essencial não sobra sentido útil que não o desempenho da própria função de proteção e controle da proporcionalidade em sentido amplo, qual o motivo de sua previsão constitucional expressa, e por vezes textualmente autônoma e distinta da proibição de excesso? Teria o constituinte incorrido em despicienda eloquência ou quer a textualidade constitucional, em verdade, apontar a existência de duas garantias distintas?⁵

Resposta lógica e necessária – até mesmo como objetivo de reforço protetivo aos direitos fundamentais –, a garantia do conteúdo essencial assume múnus protetivo distinto da vedação/proibição de excesso. Portanto, nela há que se enxergar função autônoma, algo que decerto só pode ser viabilizado na esteira do filão teórico absoluto, reconhecendo-lhe a capacidade de identificação de um núcleo duro, não móvel e retirado à possibilidade de qualquer sopesamento ou adequação tópica. Nesta senda, passa-se a reconhecer duas parcelas materiais do âmbito de proteção

⁵ Aqui, faz-se referência direta, a título de exemplo, ao art. 18, n° 2 (“devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”) e n° 3 (“nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”).

de um direito fundamental: uma central, nuclear e absoluta, portanto, insopesável, e outra móvel e definida topicamente, sujeita, assim, ao fluxo do controle ponderativo.

3 APONTANDO E RESOLVENDO A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE

Da pretensão de autonomização da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em especial reconhecendo-lhe função de identificação e proteção de uma parcela nuclear alheia ao sopesamento e sujeita à absolutização, decorre uma suposta incompatibilidade lógica para com a natural limitabilidade (restringibilidade) dos direitos fundamentais. Neste sentido, questionar-se-ia como sustentar, tanto do ponto de vista lógico quanto prático, simultaneamente, a existência de um conteúdo absoluto no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a necessidade de compatibilização das miríades de pretensão jusfundamental à guisa de um processo de ponderação.

Como já referido, a limitabilidade (restringibilidade) dos direitos fundamentais decorre da necessidade lógica de um processo de compatibilização de todas as pretensões jusfundamentais no contexto de uma sistemática constitucional unitária, algo que se normalmente exprime pelo princípio da concordância prática (Hesse, 1999, p. 142). Tal necessidade de compatibilização decorre da natureza fluida e dúctil das disposições constitucionais de direito fundamental, posto que, em sua maioria, os respectivos suportes fáticos são integrados por elementos e condições cuja determinação não é textualmente evidente e cujo preenchimento não se dá pela via da mera subsunção, características tais que apontam para uma estrutura normativo-principiológica dos direitos fundamentais⁶.

Assim, em essência, a assunção da estrutura principiológica dos direitos fundamentais permite não apenas extrair a sua melhor eficácia em vista das condições de fato e de direito topicamente concorrentes, assumindo-os como “mandados de otimização” (Alexy, 2015, p. 90 *et seq.*), mas também, à guisa de sua limitabilidade, promove a sua acomodação sistemática frente aos demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais sem que tal implique em violação (restrição ilegítima), eis que o processo ponderativo utilizado para tanto é submetido a controle de constitucionalidade pela via da vedação de excesso (princípio da proporcionalidade em sentido amplo).

Ainda, no que concerne à (natural) limitabilidade (restringibilidade) dos direitos fundamentais, igualmente releva o modelo teórico adotado à compreensão de tais limites

⁶ Neste sentido, não é difícil imaginar que os direitos à vida (art. 5º, caput, CRFB/1988) e à liberdade religiosa (art. 5º, VI, CRFB/1988) possam entrar em rota de colisão de distintas formas, bastando-se aventar, por exemplo, ainda que de um ponto de vista extremo, se a prática de rituais que envolvam o sacrifício animal e/ou humano pode ser considerada forma de exercício legítimo daquele direito. Portanto, ao menos de uma perspectiva meramente textual, a Constituição não fornece, expressamente, o que integra ou não o conteúdo do âmbito de proteção de um direito fundamental.

(restrições). Neste âmbito, dois são os modelos: o proposto pela teoria interna e o decorrente da teoria externa. No primeiro modelo – interno –, o âmbito de proteção de um direito fundamental corresponde *per se* ao conteúdo definitivo protegido, eis que este é conhecido desde a sua origem em razão dos limites que lhe são imanes, retirando, portanto, a possibilidade de oposição de restrições ao direito (Borowski, 2018, p. 204). Medidas que porventura afetem o âmbito de proteção, ou são inconstitucionais ou constituem mera revelação de limites que são internos ao direito. Por outro lado, pelo modelo externo, o âmbito de proteção de um direito fundamental é cindido em duas partes distintas, quais sejam, primeiro, o âmbito de proteção *a priori* com conteúdo *prima-facie*, e o âmbito de proteção após a incidência de restrições (legítimas), correspondendo ao conteúdo definitivo do direito (Borowski, 2018, p. 206). Neste modelo, as restrições são as medidas responsáveis pela fixação do conteúdo definitivo protegido. Portanto, para a teoria externa das restrições, medidas que comprimam o conteúdo de um direito fundamental, ou são restrições (legítimas) ou importam em violações (restrições ilegítimas) do direito.

No que toca à questão da garantia do conteúdo essencial, decerto que a escolha por um modelo ou outro afeta a sua compreensão. Pela teoria interna, na qual o âmbito de proteção de um direito fundamental somente conhece um objeto, ou seja, o conteúdo definitivo protegido com seus “limites imanes”, defender a existência de uma parcela nuclear do direito sujeita à proteção absoluta parece carecer de sentido, posto que, se o âmbito de proteção já conhece suas limitações na origem, todo o conteúdo do direito que as não tangencie já está sujeito à proteção absoluta, sendo ilógico, portanto, falar em um conteúdo essencial. Para a teoria externa, uma vez que o âmbito de proteção *a priori* só passa a conhecer o conteúdo definitivo protegido após a incidência das respectivas restrições, propugnar a proteção absoluta de uma parcela do direito incorre em clara contradição com tal relativização apriorística.

Isto posto, põe-se a problemática a resolver: como compatibilizar, do ponto de vista teórico e prático, as pressuposições da estrutura principiológica do modelo externo de restrições e a pretensão de reconhecimento de um conteúdo essencial a exercer função autônoma (de caráter absoluto) no âmbito de proteção dos direitos fundamentais?

De fato, a uma análise meramente superficial, tal parece ser inviável. Entretanto, a contradição ou incompatibilidade é meramente aparente.

A fim de solucionar a problemática, torna-se indispensável atentarmos, primeiramente, para a questão da estrutura normativa dos direitos fundamentais. Inobstante ser lugar comum na teoria e na prática que os direitos fundamentais constituem “princípios”, sendo assim “mandados de otimização”, um olhar mais acurado sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais é capaz de nos levar para além dessa automática pressuposição. Tal qual cediço, direitos fundamentais são

normas jurídico-constitucionais. Dessarte, como tais, podem ser albergados tanto pela estrutura das regras quanto pela estrutura dos princípios⁷.

Para além da referida distinção, e aliás em etapa até mesmo anterior a essa, há que se compreender o que vem a ser “norma” de direito fundamental. Na esteira de Müller (2005, p. 38 *et seq.*), uma “norma” difere do seu arcabouço textual, sendo até mesmo possível a extração de distintas normas de uma mesma disposição de texto. Neste sentido, Alexy (2015, p. 66) distingue entre “enunciado normativo de direito fundamental” e norma de direito fundamental. Assim, de um mesmo enunciado de direito fundamental, podem-se deduzir distintas normas de direito fundamental, permitindo-se, a partir daí, a sua reconstrução pela estrutura das regras e/ou dos princípios, tarefa esta – determinação da estrutura normativa – a cargo da interpretação (Borowski, 2018, p. 161).

Interpretar um enunciado de direito fundamental permite a dedução de normas de direito fundamental na estrutura de regras e na estrutura de princípios, razão pela qual se pode afirmar que mesmo aqueles direitos fundamentais que são constitucionalmente albergados, em essência, na estrutura principiológica, podem dar origem (após reconstrução hermenêutica) a uma norma de direito fundamental na estrutura de regra e, como tal, adquirir caráter absoluto. Decerto que, tendo em vista o enunciado normativo de um direito fundamental como seu *topos* de partida e limite de reconstrução hermenêutica, nem sempre será possível a dedução de uma “regra de direito fundamental”. De toda forma, é pela reconstrução interpretativa dos enunciados de direito fundamental que a problemática da incompatibilidade pode vir a encontrar uma solução. Para tanto, o processo hermenêutico de reconstrução de um enunciado de direito fundamental que, em sua origem, assume a estrutura principiológica, deve envolver a operacionalização de uma “ponderação de saída” (*Ausgangsbewägung*) (Borowski, 2018, p. 179) – envolvendo o suporte fático do direito, o âmbito de proteção e os demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionalmente protegidos –, cujo resultado, caso seja o mesmo, ainda que sob distintas condições jurídicas e fáticas, assumirá a estrutura de “regra”, perfazendo-se, assim, absoluto⁸.

Aplicando o raciocínio a solucionar a necessidade de compatibilização entre os pressupostos da estrutura principiológica, teoria externa das restrições e autonomização da garantia do conteúdo essencial, pode-se apontar o seguinte: (i) nem todo enunciado de direito fundamental é previsto

⁷ Distinção tal que dispensa maiores considerações neste excursus. Para os fins do presente, assumimos a compreensão de Borowski (2018, p. 204), na qual direitos fundamentais albergados como regras exprimem um caráter definitivo à guisa da teoria interna, enquanto direitos fundamentais assentados na estrutura principiológica exprimem um caráter *prima facie* na esteira na teoria externa.

⁸ A título de exemplo, pode-se questionar, à luz do direito fundamental à liberdade religiosa, direito normalmente albergado numa estrutura de princípio, se entre distintas condições de fato e em relação aos demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, haveria alguma razão que justificasse a restrição da consciência religiosa individual. Como resposta, pode-se dizer que a consciência religiosa individual constitui uma parcela do direito fundamental à liberdade religiosa que assume a estrutura de regra, eis que não comporta compressões e restrições, perfazendo-se, assim, alheia a operações de sopesamento.

estruturalmente como princípio, a exemplo do art. 5º, III, CRFB/1988 e, assumindo então a estrutura de regra, questionar acerca de um conteúdo essencial ou núcleo duro intangível carece de sentido; (ii) enunciados de direito fundamental que assumirem a estrutura principiológica podem ser interpretativamente reconstruídos como “regra”, bastando para tanto, no âmbito da realização da “ponderação de saída”, chegar-se a um resultado imutável frente a variáveis fáticas e jurídicas; (iii) mesmo que a estrutura principiológica dos direitos fundamentais exija a assunção de um modelo teórico externo das restrições, tal não afetará o reconhecimento de uma parcela material do direito que assuma a estrutura definitiva das regras, já que a sua reconstrução interpretativa pela esteira da “ponderação de saída” dar-se-á ao tempo da fixação apriorística do âmbito de proteção *prima facie* do direito, somente após se sujeitando a restrições, e tão somente naquela parcela distinta do “conteúdo-regra”.

Conclui-se, portanto, que a dita incompatibilidade é meramente aparente. Conquanto, resta ainda assentarmos o *modus operandi* pelo qual se poderá de fato defender a autonomização da garantia do conteúdo essencial, o que se empreenderá no tópico seguinte.

4 A DEFESA DA AUTONOMIA TEORÉTICO-DOGMÁTICA DA GARANTIA DO CONTEÚDO ESSENCIAL

Para além da escolha de um dos filões teóricos no que concerne à compreensão do significado jurídico-constitucional da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é na sua assunção conjugada que o desejado processo de autonomização é possibilitado. Por vezes consideradas compreensões teóricas mistas, é pela perspectiva conjugada das teorias subjetivas, objetivas, relativas e absolutas que devemos enveredar. Em especial, consideramos indispensável a assunção de um caminho teórico misto que conjugue os pressupostos das teorias subjetivas e absolutas para que aquele significado teórico-dogmático autônomo possa ser conferido ao conteúdo essencial. Para tanto, é no *iter* teórico oferecido por Ludwig Schneider, com caráter subjetivo-absoluto, que devemos nos apoiar.

De acordo com Drews (2005, p. 91-92), Schneider representa uma linha mista de compreensão sobre o significado da garantia do conteúdo essencial ao assumir pressupostos conjugados das teorias subjetivas e absolutas, em especial, por entender que tal possibilidade de reconhecimento autônomo de um conteúdo essencial só é possível quando a estrutura dos direitos de liberdade permite a sua cisão em dois âmbitos distintos, um nuclear e outro periférico. Vejamos de forma mais detalhada.

In primis, como questão crucial à autonomização da garantia do conteúdo essencial, Schneider (1983, p. 23 e 26), distintamente de outras vozes doutrinárias, reconhece naquela garantia

um caráter constitutivo para o Direito Constitucional objetivo. Assim, ao contrário de Häberle (2003, p. 219-222), que confere à garantia uma mera função declaratória (mas também institucional), Schneider enxerga no conteúdo essencial um elemento constitutivo e de reforço protetivo aos direitos fundamentais.

De uma perspectiva jurídico-institucional, Schneider (1983, p. 51 e 61) afirma assumir a garantia do conteúdo essencial uma função de irradiação sobre todo o ordenamento jurídico-constitucional, voltando-se, principalmente, em face do legislador infraconstitucional como forma de proibição de se proceder a uma aniquilação dos direitos fundamentais aquando do desempenho de suas tarefas de regulação e conformação de direitos. Releva salientar, para fins de defesa da autonomia da garantia, que Schneider (1983, p. 60 e 74) compreende a proteção do conteúdo essencial para além do simples respeito às reservas legais vinculadas a direitos fundamentais, razão pela qual entende constituírem garantias cumulativas (1983, p. 160), e, ainda, visualiza na garantia uma forma de solução à colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente abarcados sem reservas. Neste sentido, tece críticas agudas aos posicionamentos teóricos que compreendem a garantia do conteúdo essencial por perspectivas unilaterais absolutas ou relativas (Schneider, 1983, p. 155).

No que tange ao significado jurídico-constitucional que lhe compete, Schneider (1983, p. 148), em primeiro lugar, confere à garantia do conteúdo essencial o desempenho de uma função subjetiva, assim entendendo que o respectivo objeto de proteção (*Schutzobjekt*) não está no Direito Constitucional objetivo, na esteira das teorias objetivas-institucionais, senão nas próprias normas de direito fundamental, erguendo-se, portanto, como objeto de proteção, as posições subjetivas jusfundamentais dos indivíduos titulares de direitos fundamentais. Desta feita, vê-se no conteúdo essencial a função de proteção de direitos fundamentais como direitos subjetivos de ordem pública.

Quanto ao aspecto funcional relativo ou absoluto, posiciona-se Schneider (1983, p. 163, 182 e 189) a favor de se conferir à garantia do conteúdo essencial o desempenho de uma função absoluta. Para tanto, entende ser indispensável a diferenciação do conteúdo essencial frente ao subproduto da operação de ponderação de bens (*Güterabwägung*), aduzindo que a sujeição do conteúdo essencial à incidência da proporcionalidade em sentido estrito pela via da vedação de excesso (*Übermaßverbot*) tornaria a garantia objeto de um potencial de nulificação e aniquilação, já que *in concreto* poderia o Poder Público encontrar um fim supostamente legítimo a ser perseguido e atingido, fazendo aquela parcela nuclear do direito ceder, violando o seu caráter absoluto. De toda forma, Schneider (1983, p. 166) salienta que tal diferença – entre a garantia do conteúdo essencial e a proteção pela vedação de excesso – é relativizada em determinadas circunstâncias, posto haver situações em que a identificação de um conteúdo essencial não é possibilitada em razão da estrutura do direito.

Uma vez separada a garantia do conteúdo essencial da proteção auferida pela vedação de excesso, resta a identificação da parcela nuclear do direito. Primeiro, Schneider (1983, p. 176) parte

da imperiosidade de se distinguir entre o que é “conteúdo” e o que é “limite/restrrição”, algo que entra em consonância com os pressupostos da teoria externa das restrições aventada *supra*. Em seguida (Schneider, 1983, p. 201), pressupõe a necessidade de haver a possibilidade de se cindir o âmbito de proteção de um direito fundamental em duas zonas distintas, uma nuclear e outra periférica, algo que defende ser viável tão somente naqueles direitos que, para além de uma mera função de defesa (*Abwehrrechte*), incorporam uma função de autodeterminação e autoconformação de um espaço de liberdade individual (*Rechte auf Selbstbestimmung und Selbstaugestaltung*) (Schneider, 1983, p. 206, 208 e 210).

Em direitos com tal tipo de estrutura, a exemplo do direito fundamental à liberdade religiosa e o direito fundamental à liberdade de expressão, direitos cujo conteúdo, pelo seu caráter, tendem a se desenvolver de dentro para fora (“*das sie sich von innen nach außen entwickeln*”), possuindo, assim, um componente “pessoal” e outro “socialmente relacionado” (Schneider, 1983, p. 229), o conteúdo essencial corresponde àquela parcela nuclear que engloba a liberdade individual de autodeterminação, autoconformação e autodesenvolvimento das escolhas mais íntimas e espirituais (Schneider, 1983, p. 230-232), sujeitando-se, assim, à proteção absoluta e alheia a qualquer pretensão de ponderação ou relativização. Nesta senda, à guisa de exemplificação, o direito fundamental à liberdade religiosa, direito que essencialmente encerra uma pretensão de autodeterminação e autoconformação individual, possui como conteúdo essencial identificável e autônomo o âmbito do *forum internum* – *locus* de proteção absoluta de todas as escolhas íntimas em matéria de religião e convicção religiosa.

De outra banda, direitos que encerram somente uma pretensão de omissão (*Unterlassungsansprüche*), dado o seu caráter de “direitos de defesa” (*Abwehrrechte*) na esteira do *status negativus*, a exemplo do direito de propriedade, do direito ao sigilo de dados e das comunicações postais, telemáticas e telegráficas, não podem ter seu âmbito de proteção cindido em zonas distintas, existindo apenas o componente social do direito, este sujeito ao fluxo da ponderação de bens, valores, direitos e interesses ao nível jurídico-constitucional (Schneider, 1983, pp. 248, 259 e 262), assim auferindo proteção relativa, neste sentido, portanto, equalizando-se conteúdo essencial e vedação de excesso (proporcionalidade em sentido amplo).

Resumindo o posicionamento de Ludwig Schneider, ao que ora nos filiamos, tem-se o seguinte: (i) a garantia do conteúdo essencial exerce uma função constitutiva, institucional, subjetiva e absoluta; (ii) a identificação do conteúdo essencial somente é possível naqueles direitos em que a respectiva estrutura encerra uma pretensão de autodeterminação e de autoconformação individuais, correspondendo àquele as aspirações individuais-espirituais mais íntimas do ser humano, submetendo-se à proteção absoluta, portanto alheia ao fluxo de ponderação operado no contexto da aplicação da vedação de excesso; (iii) quanto à zona periférica do direito, aquela correspondente ao

componente “socialmente relacionado” – a exemplo do direito fundamental à liberdade religiosa, o âmbito relativo ao *forum externum* –, sua proteção fica a cargo da vedação de excesso, já que seu caráter externo implica em conformação para com os demais bens, direitos, valores e interesses protegidos constitucionalmente; e (iv) quanto aos direitos cuja estrutura encerra apenas uma pretensão de omissão, sendo, assim, impossível a cisão do âmbito de proteção em zonas distintas de proteção, equaliza-se a garantia do conteúdo essencial com a proteção auferida pela via da vedação de excesso, correspondendo aquela zona nuclear ao subproduto da operação de ponderação.

Desta feita, é na esteira das razões acima apontadas que se procede e defende a autonomia teórico-dogmática da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

5 CONTEÚDO ESSENCIAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

De um ponto de vista lógico-positivista, poder-se-ia argumentar a fragilidade da aplicação da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais no contexto do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, uma vez que a origem da garantia é estrangeira, não havendo correspondência direta para com o ordenamento pátrio, e dado que o delineamento teórico aqui assumido – na esteira da concepção subjetiva-absoluta proposta por Ludwig Schneider – tem por parâmetro a dogmática germânica dos direitos fundamentais. Entretanto, o acatamento de tal contenção dar-se-ia somente ao olhar descurado sobre a problemática da autonomização daquela garantia.

Quanto ao primeiro aspecto – a assunção de um mecanismo de proteção estrangeiro –, ainda que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais tenha origem em contexto jurídico-constitucional estrangeiro, não havendo transposição direta (literal, expressa) da mesma no âmbito do Direito Constitucional objetivo pátrio, tal não é suficiente a provocar a sua rejeição.

Da mesma forma que o princípio da vedação de excesso (proporcionalidade em sentido amplo) não possui correspondência expressa no Direito Constitucional objetivo, e ainda assim é albergado como princípio implícito do Direito Constitucional, posto que dessumido diretamente do princípio do Estado de Direito – art. 1º, caput, CRFB/1988 – (BONAVIDES, p. 407 *et seq.*), a garantia do conteúdo essencial, ainda que parte majoritária da doutrina lhe confira uma função equalizada àquela desempenhada pela vedação de excesso, é constitucionalmente albergada como instrumental idôneo à proteção dos direitos fundamentais igualmente como exigência de concretização daquele postulado fundamental. Neste sentido, como bem costuma ratificar a doutrina, a garantia do conteúdo essencial é *topos* que integra os *topoi* de controle conhecidos sob a expressão “limites dos limites” (Mendes, 2004, p. 41). Aliás, poder-se-ia aqui afirmar que, na dúvida da sua assunção e aplicação como forma de proteção a direitos fundamentais, por decerto dever-se-ia tomá-la como indispensável,

eis que quanto maior a proteção conferida aos direitos fundamentais – estes que são pilares de subsistência do próprio Estado Constitucional Democrático de Direito –, melhor, na esteira de uma aplicação analógica do postulado formal *in dubio pro libertatis*.

Quanto ao segundo aspecto – a aplicação da garantia do conteúdo essencial para além da dogmática germânica dos direitos fundamentais –, tal igualmente não constitui óbice à assunção teórico-garantística, posto que, inobstante os pressupostos teóricos assumidos por Ludwig Schneider possuírem esteio e tomarem por base o contexto da dogmática germânica dos direitos fundamentais, a generalidade e abstração inerentes aos suportes fáticos dos direitos fundamentais tornam possível a sua transposição ao contexto dogmático pátrio. Portanto, a distinção estrutural assumida – direitos que desempenham uma função de autodeterminação e autoconformação individuais, que admitem a reconstrução concêntrica do respectivo âmbito de proteção em uma zona nuclear e outra periférica, e direitos que encerram somente uma pretensão de omissão, não admitindo a reconstrução concêntrica de seu âmbito de proteção – pode ser perfeitamente aplicada no contexto positivo dos direitos fundamentais albergados pela Constituição de 1988, senão vejamos.

A título de exemplo, tome-se o direito fundamental à liberdade de expressão artística (art. 5º, IX, CRFB/1988)⁹. Conquanto a textualidade constitucional se refira tão somente à liberdade de “expressão”, vinculando a sua garantia ao exercício externo, ou seja, à sua manifestação, decerto que se trata de direito que não se esgota numa pretensão de omissão oposta ao Poder Público (e a terceiros). Como direito que assegura a “expressão artística”, deve antes de tudo assegurar a própria esfera individual de autodeterminação e autoconformação em que estão inseridas as escolhas, preferências, ideias e valores artísticos mais íntimos e pessoais determinantes à existência da própria expressão artística *a posteriori*. Trata-se, portanto, de direito cuja estrutura – na esteira de Ludwig Schneider – engloba um âmbito de proteção cujo conteúdo “se desenvolve de dentro para fora”. O que é arte? Somente à esfera individual de autodeterminação e autoconformação compete responder. Nesta senda, pode-se afirmar que o *forum internum* do direito fundamental à liberdade artística constitui o respectivo conteúdo essencial, estando este sujeito à proteção absoluta, alheio, em qualquer circunstância, ao fluxo relativista da ponderação de direitos, bens, valores e interesses. Em contrapartida, o respectivo *forum externum*, aquela parcela do âmbito de proteção voltado à exteriorização – já que socialmente relacionado – e assim submetido ao fluxo dinâmico dos demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais, é assegurado como “livre” tão somente no contexto da concordância prática, sujeitando-se à proteção conferida pela vedação de excesso. Em suma, a escolha dos valores, ideias e preferências artísticas é absoluta, mas a sua expressão (externa) é relativa.

⁹ Art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Ainda, em reforço, pode-se dizer que a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais exerce uma função de proteção institucional deveras relevante para a sistemática jurídico-constitucional como um todo, posto que, à semelhança da doutrina germânica ao relacionar tal garantia com a ideia de “substância” ou “essência” da Constituição (*Kern der Verfassung*) na esteira do art. 79, nº 3, da Constituição alemã de 1949¹⁰ (Schneider, 1983, p. 195), reconhece-se, em âmbito pátrio, que o art. 60, §4º, IV, CRFB/1988, desempenha uma proteção nuclear dos direitos fundamentais albergados pela Constituição de 1988, eis que veda a “abolição” ou “aniquilação” dos “direitos e garantias individuais”, podendo-se aí reconhecer uma expressão institucional daquela garantia¹¹.

Vê-se, assim, que aquelas contensões iniciais não são idôneas a obstar a aplicação da garantia do conteúdo essencial à dogmática brasileira dos direitos fundamentais, sendo indispensável apenas uma reconstrução tópica dos direitos a saber se a cisão que permite a aplicação autônoma da garantia é possível ou não. Tal qual cediço, e neste sentido tendo bem afirmado Schneider (1983, p. 208), como a maioria dos direitos fundamentais não se esgota em uma mera função de defesa (pretensão de omissão), tornando assim possível a identificação de um conteúdo essencial autônomo e absoluto, a aplicação da garantia tem a sua operabilidade logicamente sustentada e dogmaticamente desejada.

6 CONTEÚDO ESSENCIAL E GRÁVITONS: E AGORA?

Tal qual apontado ao introito do presente excurso, decerto que se transbordariam as lindes gnosiológicas da Ciência Jurídica caso se pretendesse descrever e solucionar questões e problemas jurídicos por operações físico-matemáticas, ou caso aqui se quisesse aplicar dados físico-matemáticos subjacentes à teorização e investigação da Gravidade Quântica à fundamentação do processo de autonomização da garantia do conteúdo essencial aqui delineado. Isto posto, questiona-se: e agora? O que grávitons e conteúdo essencial podem ter em comum? E de que forma isso pode contribuir para a sistemática dos direitos fundamentais? Uma possível resposta a tais questionamentos é o que se pretende oferecer em sequência.

In primis, deve-se partir do pressuposto de que, tal e qual os grávitons – partículas virtuais responsáveis pelo campo e força gravitacionais –, o conteúdo essencial, uma vez autonomizado, constitui o elemento nuclear do sistema dos direitos fundamentais, cuja força de atração funciona como fonte de realimentação do próprio sistema, eis que o respeito àquele é condição à própria

¹⁰ De acordo com o art. 79, nº 3, *Grundgesetz*, qualquer alteração da Constituição pela qual se pretenda comprometer a divisão da Federação em distintas unidades (*Länder*), a participação dos Estados-membros na legislação e os princípios fundamentais relacionados ao art. 1 e 20, aí incluídos os direitos fundamentais, é inadmissível.

¹¹ À guisa de exemplificação, veja-se o julgamento da ADI 5935, Rel. Edson Fachin, Pleno, DJE nº 137, 03.06.2020, cuja ementa (item 1) aponta: “O art. 60, §4º, IV, protege o texto constitucional de emendas que atinjam o núcleo essencial desses direitos ou tendam a aboli-los”.

subsistência do sistema como um todo. *In secundis*, assim como a (futura) descoberta dos grávitons é a pedra angular para a construção de uma Teoria Unificada (Teoria da Gravitação Quântica), por meio da qual a análise do comportamento quântico da gravidade possibilitará a sua harmonização para com as demais forças físicas (eletromagnetismo, força nuclear fraca e força nuclear forte) sob um conjunto integral de leis, a autonomização da garantia do conteúdo essencial é o processo capaz de reconhecer a força autônoma-absoluta do elemento nuclear de cada direito fundamental e a imprescindibilidade do seu respeito como condição à subsistência da sistemática dos direitos fundamentais, harmonizando, assim, a sua função com aquela desempenhada pela vedação de excesso. Em suma, tanto os grávitons como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais constituem a “chave-vórtice” para a resolução de oximoros científicos em seus respectivos âmbitos gnosiológicos. Naquilo que concerne ao conteúdo essencial, é a sua autonomização – frente à proporcionalidade em sentido estrito no contexto da vedação de excesso – que permite a construção de uma genuína Teoria Gravitacional Quântica dos Direitos Fundamentais.

Ainda que descrições físico-matemáticas de fenômenos jurídicos devam ser tomadas *cum grano salis*, as pressuposições teóricas assumidas ao longo do presente excursus permitem oferecer as seguintes proposições lógicas:

(i) sobre a identificação do conteúdo essencial:

$$\exists Wg \leftrightarrow Aap \Rightarrow Fcp \neq \wedge > Fcf^{12}$$

Trata-se de proposição que reconhece uma cisão no âmbito de proteção (*a priori*) daqueles direitos fundamentais que incorporam uma função de autodeterminação e autoconformação individual, podendo-se identificar duas zonas distintas, uma nuclear, integrada pelas escolhas, valores e preferências íntimas (exerce força centrípeta), e outra periférica, integrada pelo componente “socialmente relacionado”, voltada à exteriorização (exerce força centrífuga), na qual o núcleo sempre será diferente (pois são duas forças distintas) e de valor maior, assim não admitindo cedência para o fluxo dinâmico de direitos, valores, bens e interesses jurídico-constitucionais, razão pela qual se perfaz conteúdo (essencial) absoluto.

(ii) sobre a identificação da força centrípeta:

$$\exists Fcp \leftrightarrow En > 0^{13}$$

Tal proposição, integrante da proposição anterior, visa oferecer a compreensão de que somente haverá força centrípeta (zona nuclear do âmbito de proteção) identificável e, portanto, distinta da força centrífuga, quando a energia nuclear do direito tiver valor maior que zero. Ou seja, quando um direito fundamental, a exemplo do direito fundamental à liberdade religiosa em seu *forum*

¹² Existe (\exists) conteúdo essencial ($Wg = Wesensgehalt$) se e somente se (\leftrightarrow) o âmbito de proteção *a priori* (Aap) implicar (\Rightarrow) numa força centrípeta (Fcp) diferente (\neq) e (\wedge) maior ($>$) que uma força centrífuga (Fcf).

¹³ Existe (\exists) força centrípeta (Fcp) se e somente se (\leftrightarrow) a energia do núcleo (En) for maior ($>$) que zero.

internum, possuir uma “energia nuclear” maior que zero (leia-se, um elemento interno de valor apriorístico à própria existência do direito com um todo), possuirá esse direito uma força centrípeta (de atração para o centro, para o núcleo).

(iii) direitos que encerram somente uma pretensão de omissão (direitos de defesa):

$$\nexists Wg \leftrightarrow Aap \Rightarrow F = r^{14}$$

Em direitos que esgotam uma função de defesa, sendo-lhes inerente uma pretensão de omissão, aponta a proposição a impossibilidade de se identificar um conteúdo essencial autônomo, uma vez que a única força exercida pelo âmbito de proteção é igual à radiação que emana, esta correspondente à pretensão de omissão oposta às restrições e intervenções que eventualmente lhe impinjam. Por não ser possível a cisão do seu âmbito de proteção em zonas distintas, assim sendo inexistente energia nuclear correspondente a uma força centrípeta, o conteúdo essencial não é autonomizado, correspondendo, na verdade, ao próprio subproduto da ponderação operada no contexto da proibição de excesso, constatação que conduz a outra proposição:

$$Wg = Aap (r/GPert)^{15}$$

Nos direitos fundamentais que encerram, preponderantemente, uma mera função de defesa, o conteúdo essencial (não autônomo) corresponde à razão (proporcionalidade aquilatada no contexto da vedação de excesso) entre a radiação emanada (pretensão de omissão) e a gravidade de perturbação, esta última correspondendo às forças externas exercidas pelos demais direitos, bens, valores e interesses jurídico-constitucionais que se situam em potencial de conflito/colisão.

(iv) por fim, uma proposição geral para uma Teoria Gravitacional Quântica dos Direitos Fundamentais:

$$Sdf = (rg + [p \leftrightarrow Wg]) \leftrightarrow Wgi^{16}$$

Tendo em vista os pressupostos teóricos delineados e assumidos ao longo do presente excursão, em especial à luz das proposições lógicas anteriormente oferecidas, pode-se oferecer a proposição *supra* como proposição geral que toma o conteúdo essencial como elemento central para a construção de uma Teoria Gravitacional Quântica dos Direitos Fundamentais. De acordo com a referida proposição, o sistema de direitos fundamentais é composto por normas estruturadas como regras e como princípios, aquelas absolutas e estes otimizáveis por natureza. No que tange às normas de direito fundamental como princípios, deverão respeitar o conteúdo essencial aplicando-se as proposições anteriores, nas quais, em direitos cujo âmbito de proteção seja cindível em zonas

¹⁴ Não existe (\nexists) conteúdo essencial se e somente se (\leftrightarrow) o âmbito de proteção *a priori* (*Aap*) implicar (\Rightarrow) numa única força (*F*) que é igual à radiação (*r*) emanada.

¹⁵ O conteúdo essencial (*Wg*) é igual ao âmbito de proteção *a priori* (*Aap*) submetido à razão entre radiação (*r*) e gravidade de perturbação (*GPert*).

¹⁶ A sistemática dos direitos fundamentais (*Sdf*) é composta pela atuação conjunta de regras (*rg*) e princípios (*p*), onde estes estão condicionados (\leftrightarrow) ao dever de respeito ao conteúdo essencial (*Wg*), e onde a atuação conjunta (de regras e princípios) devem respeitar o significado institucional do conteúdo essencial (*Wgi*).

concêntricas de proteção (direitos com função de autodeterminação e autoconformação individual), a zona nuclear estará sujeita à proteção absoluta (conteúdo essencial autônomo identificável) e, em direitos cujo âmbito de proteção não seja cindível (direitos cuja função esgota uma pretensão de omissão), o conteúdo essencial será respeitado quando equalizado ao subproduto da ponderação no contexto da vedação de excesso. Ainda, aos direitos fundamentais como regras – e, por óbvio, também àqueles como princípios –, faz-se imprescindível o respeito ao conteúdo essencial em seu significado institucional, ou seja, como vedação geral oposta a um periculoso processo de extirpação geral dos direitos fundamentais da perspectiva do Direito Constitucional objetivo.

Desta feita, pelas razões apontadas e pelo que se pretendeu demonstrar pelas proposições oferecidas, toma-se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em especial pelo seu processo de autonomização teórico-dogmática, como elemento nuclear à construção de uma Teoria Gravitacional Quântica dos Direitos Fundamentais, pois tal e qual os grávitons em relação às forças e campos elementares, carrega o conteúdo essencial uma força de atração exercida sobre toda a sistemática dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais constituem um dos mais relevantes elementos no processo de integração sociopolítica de uma Sociedade que se quer por democrática, pluralista e inclusiva. Aliás, os direitos fundamentais representam um dos pilares do Estado Constitucional, sem os quais a própria Democracia – esta considerada elemento imanente ao *topos* Estado Constitucional – estaria maculada a um processo de niilificação. Neste sentido, resguardar a inviolabilidade dos direitos fundamentais é condição à subsistência da Sociedade e do Estado, razão pela qual, nas ações de regulação, conformação e delimitação, em sua maioria a cargo do legislador infraconstitucional por meio da atividade de restrição – mas igualmente procedidas pela Administração e pelo Judiciário à guisa das ações interventivas –, torna-se indispensável a aferição da respectiva legitimidade constitucional, não só pela via do controle de vedação do excesso (proporcionalidade em sentido amplo), senão também, e principalmente, pela proteção conferida pela garantia do conteúdo essencial.

Reconhecida doutrinariamente e jurisprudencialmente como elemento de controle integrante do *topos* “limites dos limites”, em que se reconhece um limite último à operação de limitação (restrição) dos direitos fundamentais, a garantia do conteúdo essencial surge como forma material de proteção que busca obstar, nas atividades restritivas de direitos, a aniquilação ou niilificação do direito *per se*, sendo, na maioria das vezes – ou mesmo sempre –, reconduzida, de forma argumentativa e meramente retórica, à ideia de um reduto último de proteção do direito sem o qual o exercício do mesmo se tornaria inviável. Inobstante o seu reconhecimento, pecam, tanto doutrina

quanto jurisprudência, em sua maioria, não só ao deixar de fornecer os elementos integrantes daquilo que se deve entender por “conteúdo essencial”, mas também por equalizar a garantia à proteção conferida pela vedação de excesso, em especial, no âmbito da operação de ponderação a cargo da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, o conteúdo essencial de um direito fundamental corresponderia ao subproduto da ponderação de direitos, valores, bens e interesses jurídico-constitucionais, respeitando-se a garantia pelo simples fato de uma ação restritiva ser considerada constitucionalmente legítima aos olhos da proporcionalidade. Vê-se, portanto, uma proteção apenas relativa.

Daí, constata-se que a mazela da defesa da incidência da garantia do conteúdo essencial se encontra, naqueles termos, no seu significado meramente declaratório para o Direito Constitucional, posto que inoperável autonomamente em razão da sua equalização à proteção conferida pela vedação de excesso. Com vistas a sanar tal mazela de inoperância prático-funcional, a única saída lógica e viável – e, ainda, desejável para fins de uma proteção reforçada da sistemática dos direitos fundamentais – é autonomizar a garantia, conferindo a mesma operação autônoma distinta da vedação de excesso, reconhecendo uma função de proteção absoluta a uma dada parcela nuclear do direito, identificável, assim, como genuíno “conteúdo essencial”.

Entretanto, da defesa de sua autonomia, ou seja, da identificação de um reduto material de proteção absoluta do conteúdo de um direito fundamental, surge uma incompatibilidade que necessita ser resolvida, qual seja, a liminar contradição entre o reconhecimento da existência de um conteúdo essencial (absoluto) e a (natural) restringibilidade dos direitos fundamentais. Para tanto, é na assunção conjugada dos pressupostos teóricos dos filões subjetivo e absoluto que se enxerga o caminho para a autonomização da garantia do conteúdo essencial, procedendo-se à sua harmonização para com a restringibilidade dos direitos fundamentais. Ainda, busca-se na garantia do conteúdo essencial uma proteção institucional-objetiva para os direitos fundamentais, operando-se, assim, uma vedação em face do legislador infraconstitucional para que se lhe obste um qualquer processo de extirpação, aniquilação ou ablação daqueles.

Desta feita, dados os contornos teórico-dogmáticos delineados ao longo deste excurso, defende-se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (e a garantia homônima) como elemento integrante de uma Teoria Gravitacional Quântica (ou Teoria da Gravidade Quântica) dos Direitos Fundamentais como uma espécie de “teoria de tudo”, assentando-se a funcionalidade do conteúdo essencial para toda a sistemática dos direitos fundamentais, autônomo e absoluto em determinados direitos, equalizado ao subproduto da vedação de excesso em outros, mas em todo caso atuando como força gravitacional sobre todo o sistema pela função institucional-objetiva que igualmente lhe compete exercer.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ASHTEKAR, Abhay. Gravity and the quantum. **New Journal of Physics**, [S.l.], v.7, p. 1-33, 2005. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1367-2630/7/1/198/pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.
- DREW, Claudia. **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, II, GG**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2005.
- FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo. **Verfassungsgeschichte**. 14. ed. München: Verlag, C. H. Beck, 2015.
- HÄBERLE, Peter. **La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn: uma contribuição a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley**. Tradução de Joaquín Brage Camanazo. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.
- HAWKING, Stephen. **Uma breve história do tempo**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. 270 p.
- ROVELLI, Carlo. **A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.
- SCHNEIDER, Ludwig. **Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG**. Berlin: Duncker und Humblot, 1983.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SOUZA, Rodrigo Lobato Oliveira de. Fenomenologia quântica da Constituição: proatividade normativa, pulsar da realidade e mutação. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (org.). **Os desafios do Direito do século XXI**: genoma humano, europeísmo, poder e política, constituição e democracia. Coimbra: Almedina, 2018.