

Thorsten Kingreen

Professor Doutor da Universidade de Regensburg, na Alemanha

Ralf Poscher

Professor Doutor da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, na Alemanha

Direitos

Fundamentais

Tradução:

António Francisco de Sousa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Portugal

António Franco

Professor jubilado da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em Portugal

3ª edição*

2025



saraiva *jur*

SÉRIE idp

INSTITUTO
BRASILEIRO
DE ENSINO,
DESENVOLVIMENTO
E PESQUISA

LINHA
Direito
Comparado

* N. E.: Correspondente à 35ª edição alemã, revista e atualizada, da obra fundada por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink. Nesta 3ª edição traduzida para o português, alguns termos foram mantidos em português luso.

SUMÁRIO

<i>Abreviaturas</i>	V
<i>Prefácio</i>	XXI
<i>Do prefácio à 29ª edição alemã (2013)</i>	XXIII
<i>Do prefácio à edição japonesa (2018)</i>	XXV
<i>Apresentação à 3ª edição em português</i>	XXIX
<i>Nota dos tradutores</i>	XXXV
§ 1. Introdução	1
I. Sobre a forma de operar com este livro	1
II. Direitos fundamentais e interpretação	2
III. Para a resolução de casos de direitos fundamentais	6
PRIMEIRA PARTE	
DOCTRINAS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
§ 2. História e desenvolvimento dos direitos fundamentais	13
I. Introdução	13
II. Direitos fundamentais na América do Norte e na França	14
III. Os direitos fundamentais no constitucionalismo alemão do século XIX	16
IV. Os direitos fundamentais na Constituição Imperial de Weimar	20
V. Evolução dos direitos fundamentais após 1949	23
1. Alterações constitucionais formais	24
2. Aperfeiçoamento gradual dos direitos fundamentais	25

VI. Regulações supraestatais dos direitos fundamentais	29
§ 3. O sistema de vários níveis de proteção dos direitos fundamentais	32
I. Direito Internacional Público Universal de base consuetudinária	34
II. Tratados universais de direitos humanos	36
III. Garantias regionais dos direitos humanos: A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)	42
IV. Garantias supranacionais	45
1. As liberdades fundamentais europeias	46
2. Os direitos fundamentais da União	48
3. Garantias equiparadas aos direitos fundamentais no direito secundário	52
V. Direitos fundamentais das Constituições dos Estados federados	54
1. Âmbito de aplicação da Diretiva	56
2. Discriminações em virtude da religião	57
3. Resultado	58
§ 4. Teoria dos direitos fundamentais e funções dos direitos fundamentais	61
I. Teoria dos direitos fundamentais e dogmática dos direitos fundamentais	61
II. Funções dos direitos fundamentais	67
1. As funções clássicas dos direitos fundamentais	68
a) <i>Status negativus</i>	69
b) <i>Status positivus</i>	69
c) <i>Status activus</i>	70
d) Garantias institucionais	71
2. Tipificações atuais	72
a) Génese: funções objetivas dos direitos fundamentais	72
aa) Os direitos fundamentais como normas de competência negativa	72
bb) Direitos fundamentais como decisões de valor objetivo	73
b) As funções dos direitos fundamentais em concreto	76
aa) Função de defesa	78
(1) Direito de defesa como mera obrigação de omissão	79

(2) Aspectos acessórios de proteção dos direitos de defesa	79
(3) Constelações triangulares	82
bb) Função de proteção	86
(1) Obrigações de proteção autênticas	86
(2) Obrigações de proteção não autênticas	88
cc) Função de conformação	96
dd) Funções de prestação	101
(1) Direitos de participação	102
(2) Direitos de prestação originários	102
§ 5. Legitimação e vinculação jurídico-fundamental	106
I. Legitimação jurídico-fundamental	107
1. Direitos do ser humano e direitos dos cidadãos alemães	107
2. Legitimação jurídico-fundamental antes do nascimento e depois da morte	112
3. Pleno gozo dos direitos fundamentais	114
4. Renúncia aos direitos fundamentais	116
5. Legitimação jurídico-fundamental de grupos de pessoas e de organizações	120
II. Vinculação aos direitos fundamentais	130
1. Tipo de vinculação	130
2. Destinatários públicos da vinculação aos direitos fundamentais	131
3. Destinatários privados da vinculação aos direitos fundamentais (efeito para terceiros)	133
4. Aspectos internacionais e supranacionais da vinculação aos direitos fundamentais	137
5. Obrigações fundamentais?	141
§ 6. Garantias e limitações aos direitos fundamentais	143
I. Âmbito de proteção e garantia	143
II. Ingerência, limite e conceitos afins	146
1. Ingerência, limite, limitação ou restrição, afetação, redução, delimitação	147
2. Conformação e concretização	148
3. Regulação	151
4. Intocabilidade	151

5. Violação	152
III. Âmbito de proteção e ingerência	152
1. Determinação do âmbito de proteção	154
2. Definição de ingerência	156
IV. A justificação jurídico-constitucional das ingerências	160
1. Tipologia das reservas de lei	160
2. Da reserva de lei à reserva de parlamento	161
3. Da reserva de lei à reserva de lei proporcional	165
4. Limites de limites	167
V. Colisões e concursos	184
1. Colisões	184
2. Concursos	189
Anexo: esquemas organizacionais	192

SEGUNDA PARTE

OS DIFERENTES DIREITOS FUNDAMENTAIS	199
§ 7. Proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, n. 1)	201
I. Panorama geral	201
II. Âmbito de proteção	202
III. Ingerências	206
IV. Justificação jurídico-constitucional	210
§ 8. Livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º, n. 1)	213
I. Panorama geral	213
II. Âmbitos de proteção	214
1. Liberdade de atuação em geral	214
2. Direito de personalidade em geral	217
III. Ingerências	224
IV. Justificação jurídico-constitucional	226
1. Ordem constitucional	226
2. Direitos de outrem	227
3. Lei dos bons costumes	228
§ 9. Direito à vida e à inviolabilidade do corpo humano (art. 2º, n. 2, frase 1)	230
I. Panorama geral	231

II. Direitos de defesa do art. 2º, n. 2, frase 1	231
1. Âmbitos de proteção	231
2. Ingerências	232
3. Justificação jurídico-constitucional	234
III. Obrigação de proteção e direito à proteção do art. 2º, n. 2, frase 1	237
1. Fundamento	237
2. Cumprimento	238
§ 10. Liberdade da pessoa humana (art. 2º, n. 2, Frase 2 e art. 104º)	242
I. Panorama geral	242
II. Âmbito de proteção	243
III. Ingerências	244
IV. Justificação jurídico-constitucional	246
1. Reserva de lei do art. 104º	246
2. Limites de limites	248
§ 11. O princípio da igualdade (art. 3º, art. 6º, n. 1 E 5, art. 33., n. 1 a 3, art. 38º, n. 1, frase 1)	251
I. Panorama geral	252
II. Tratamento desigual	255
1. Tratamento desigual jurídico-constitucionalmente relevante	255
2. Tratamento igual do essencialmente diferente?	257
III. Justificação jurídico-constitucional	259
1. Exigências gerais	259
2. As exigências especiais do art. 3º, n. 2 e 3	266
3. As exigências especiais do art. 6º	276
4. As exigências especiais nos direitos políticos	278
5. As exigências especiais no âmbito dos direitos e deveres cívicos	284
IV. Consequências de uma violação da igualdade	289
1. Violação da igualdade pelas leis, pelos regulamentos jurídicos e pelos regulamentos autónomos	289
a) Generalidades	289
b) Benefício não concedido em condições de desigualdade	291
c) Ónus imposto de forma desigual	292

d) Resumo	293
2. Violação da igualdade pela Administração e pela jurisprudência	294
a) Generalidades	294
b) Violação da igualdade pela Administração	294
c) Violação da igualdade pela jurisprudência	296
Anexo: esquema organizacional	300
§ 12. Liberdade de religião, de ideologia e de consciência (art. 4º, art. 12a, n. 2, Art. 140º, em ligação com o art. 136º, n. 1, 3 E 4, art. 137º, n. 2, 3 E 7 da Constituição imperial de Weimar)	302
I. Panorama geral	302
1. A letra do texto	302
2. Âmbito de proteção uniforme?	303
II. Âmbitos de proteção	305
1. Liberdade de religião e liberdade de ideologia	295
a) Liberdade individual de religião e liberdade individual de ideologia	305
b) Liberdade coletiva de religião e de ideologia	310
2. Liberdade de consciência	315
a) Conceito	315
b) Alcance do âmbito de proteção	315
c) Objeção ao serviço militar por razões de consciência, nos termos do art. 4º, n. 3	316
III. Ingerências	317
IV. Justificação jurídico-constitucional	320
1. Art. 136º, n. 1, e n. 3, frase 2; art. 137º, n. 3, frase 1, da Constituição Imperial de Weimar, em ligação com o art. 140º	320
2. Art. 12a, n. 2	322
3. Direito constitucional colidente	322
§ 13. Liberdade de opinião, de informação, de imprensa, de radiodifusão e liberdade cinematográfica (art. 5º, n. 1 e 2)	327
I. Panorama geral	328
II. Âmbitos de proteção	329
1. Liberdade de opinião (art. 5º, n. 1, frase 1, segmento 1)	329
a) Conceito	329

b) Manifestação e difusão de opinião pela palavra, pela escrita e pela imagem	332
c) Liberdade de opinião negativa	334
2. Liberdade de informação (art. 5º, n. 1, frase 1, segmento 2)	335
3. Liberdade de imprensa (art. 5º, n. 1, frase 2, segmento 1)	337
a) Conceito	337
b) Âmbito de garantia	337
c) Relação com os direitos fundamentais do art. 5º, n. 1, frase 1	340
4. Liberdade de radiodifusão (art. 5º, n. 1, frase 2, segmento 2)	342
a) Conceito	342
b) Âmbito de garantia	342
5. Liberdade cinematográfica (art. 5º, n. 1, frase 2, segmento 3)	346
III. Ingerências	347
1. Liberdade de opinião, de imprensa, de radiodifusão e liberdade cinematográfica	347
2. Liberdade de informação	348
IV. Justificação jurídico-constitucional	349
1. Limites	349
2. Proibição de censura (art. 5º, n. 1, frase 3)	360
§ 14. Liberdade artística e liberdade científica (art. 5º, n. 3)	364
I. Panorama geral	364
II. Âmbitos de proteção	365
1. Liberdade artística	365
a) Conceito	365
b) Alcance da garantia	367
2. Liberdade científica	371
a) Conceito	371
b) Alcance da garantia	372
III. Ingerências	375
IV. Justificação jurídico-constitucional	376
§ 15. Proteção do casamento e da família (art. 6º)	379
I. Panorama geral	380

II. Direitos de defesa	381
1. Âmbitos de proteção	381
2. Ingerências	389
3. Justificação jurídico-constitucional	392
III. Proibições de discriminação, direitos de proteção e de participação	398
§ 16. Direitos fundamentais escolares e liberdade de escola privada (art. 7º, n. 2 a 5)	402
I. Panorama geral	402
II. Direitos fundamentais escolares (art. 7º, n. 2 e 3)	403
1. Âmbitos de proteção	403
a) Art. 7º, n. 3, frases 1 e 2	403
b) Art. 7º, n. 3, frase 3	405
c) Art. 7º, n. 2	405
2. Ingerências e justificação jurídico-constitucional	406
III. Liberdade de escola privada (art. 7º, n. 4 e 5)	406
1. Âmbito de proteção	406
2. Ingerências e justificação jurídico-constitucional	410
§ 17. Liberdade de reunião (art. 8º)	412
I. Panorama geral	413
II. Âmbito de proteção	413
1. Conceito de reunião	413
2. Caráter pacífico e sem armas	417
3. Reuniões em espaços fechados e ao ar livre	419
4. Alcance da garantia	420
III. Ingerências	422
IV. Justificação jurídico-constitucional	423
1. Limites	423
2. Proibição de obrigação de comunicação e proibição de obrigação de autorização	426
§ 18. Liberdade de associação em geral e liberdade de associação de trabalhadores ou de empregadores (art. 9º)	428
I. Panorama geral	429
II. Âmbitos de proteção	430

1. Liberdade de associação em geral	430
a) Conceito	430
b) O art. 9º, n. 1, como direito fundamental individual	432
c) O art. 9º, n. 1, como direito à liberdade coletiva	434
2. Liberdade de associação de trabalhadores ou de empregadores	435
III. Ingerências	438
1. Ingerências na liberdade de associação em geral	438
2. Ingerências na liberdade de associação de trabalhadores ou de empregadores	439
IV. Justificação jurídico-constitucional	440
1. Liberdade de associação em geral	440
a) Art. 9º, n. 2	440
b) Direito constitucional colidente	443
c) Limite de limites	444
2. Liberdade de associação de trabalhadores ou de empregadores	444
§ 19. Sigilo da correspondência, do correio e das telecomunicações (art. 10º)	449
I. Panorama geral	450
II. Âmbitos de proteção	451
1. Sigilo da correspondência	451
2. Sigilo do correio	452
3. Sigilo das telecomunicações	453
III. Ingerências	456
IV. Justificação jurídico-constitucional	458
1. Reserva de lei do art. 10º, n. 2, frase 1	458
2. Alargamento da reserva de lei, nos termos do art. 10º, n. 2, frase 2	460
§ 20. Liberdade de entrada e de circulação (art. 11º)	462
I. Panorama geral	463
II. Âmbito de proteção	464
1. Fixação de residência e de domicílio	464
2. Deslocação para fins de mudança de local	466
3. Entrada no país e imigração, saída do país e emigração	466

4. Transporte dos haveres pessoais	467
5. Liberdade de circulação negativa	468
III. Ingerências	468
IV. Justificação jurídico-constitucional	470
1. Reserva de lei do art. 11 ^a , n. 2	470
2. Outras justificações de ingerência	470
§ 21. Liberdade de profissão (art. 12^o)	471
I. Panorama geral	472
1. A letra do texto	472
2. Âmbito unitário de proteção	473
II. O direito de defesa do art. 12 ^a , n. 1	474
1. Âmbito de proteção	474
2. Ingerências	482
3. Justificação jurídico-constitucional	489
III. Direitos de proteção e de participação do art. 12 ^a , n. 1	497
IV. Isenção de obrigatoriedade de trabalho e de trabalho obrigatório (art. 12 ^a , n. 2 e 3)	499
1. Âmbito de proteção	499
2. Ingerências e justificação jurídico-constitucional	500
§ 22. Inviolabilidade do domicílio (art. 13^o)	503
I. Panorama geral	504
II. Âmbito de proteção	504
III. Ingerências	507
1. Buscas domiciliárias	507
2. Escutas secretas	508
3. Outras ingerências	509
IV. Justificação jurídico-constitucional	510
1. Buscas domiciliárias	510
2. Escutas secretas	511
3. Outras ingerências	512
4. Outras justificações de ingerência	514
§ 23. Garantia de propriedade (arts. 14^o e 15^o)	516

I. Panorama geral	516
II. Âmbito de proteção	519
1. Conceito de propriedade	519
2. Alcance da proteção da propriedade	524
3. Direito sucessório	526
III. Ingerências	527
IV. Justificação jurídico-constitucional	528
1. Delimitações	528
2. Expropriação	535
3. Normas de conteúdo e de limites	539
V. A garantia de instituto como limite de limites	546
VI. Socialização	547
Anexo: esquema organizacional	550
 § 24. Proteção contra a retirada da nacionalidade e contra a extradição e direito de asilo (arts. 16º e 16º-a)	 552
I. Panorama geral	553
II. Proteção contra a retirada da nacionalidade (art. 16º, n. 1)	555
1. Âmbito de proteção	555
2. Ingerências	555
3. Justificação jurídico-constitucional	557
III. Proibição de extradição (art. 16º, n. 2)	558
1. Âmbito de proteção	558
2. Ingerência	558
3. Justificação jurídico-constitucional	560
IV. Direito de asilo (art. 16a)	560
1. Âmbito de proteção	560
2. Ingerências	569
3. Justificação jurídico-constitucional	570
 § 25. Direito de petição (art. 17º)	 576
I. Panorama geral	576
II. Âmbito de proteção	577
1. Conceito de petição	577
2. Destinatários da petição	578

3. Pressupostos materiais de admissibilidade	578
4. Garantias	579
III. Ingerências e justificação jurídico-constitucional	581
§ 26. Garantia de proteção jurídica (art. 19º, n. 4)	582
I. Panorama geral	583
II. Âmbito de proteção	584
1. Poder público	584
2. Violação da lei	587
3. Abertura da via de recurso jurisdicional	590
III. Ingerências	595
IV. Justificação jurídico-constitucional	596
§ 27. Direito de opor resistência (art. 20º, n. 4)	598
§ 28. Tomada em consideração dos princípios tradicionais do funcionalismo público de carreira (art. 33º, n. 5)	601
I. Panorama geral	602
II. Âmbito de proteção	602
III. Ingerências e justificação jurídico-constitucional	605
§ 29. Direito eleitoral (art. 38º)	606
I. Panorama geral	607
II. O direito ao sufrágio direto, livre e secreto	607
1. Âmbito de proteção	608
2. Ingerências	612
3. Justificação jurídico-constitucional	614
§ 30. Direito ao juiz legal (art. 101º, n. 1, frase 2)	616
I. Panorama geral	617
II. Âmbito de proteção	618
1. Competência legal do juiz	618
2. Independência e imparcialidade do juiz	619
III. Ingerências	620
1. Privação pelo poder legislativo	620
2. Privação pelo poder executivo	621
3. Privação pelo poder judicial	622

IV. Justificação jurídico-constitucional	624
§ 31. Direito à audição jurídica (art. 103º, n. 1)	626
I. Panorama geral	627
II. Âmbito de proteção	627
1. Audição jurídica	627
2. Perante o tribunal	629
III. Ingerências	630
IV. Justificação jurídico-constitucional	630
§ 32. <i>Nulla poena sine lege</i> (art. 103º, n. 2)	631
I. Panorama geral	632
II. Âmbito de proteção	632
1. Conceito de punibilidade	632
2. Princípio da atuação	634
3. Princípio da legalidade	634
4. Princípio da determinação	635
5. Proibição de efeito retroativo	637
III. Ingerências	637
IV. Justificação jurídico-constitucional	638
§ 33. <i>Ne bis in idem</i> (art. 103º, n. 3)	639
I. Panorama geral	640
II. Âmbito de proteção	641
1. O mesmo crime	641
2. As leis penais gerais	642
3. Caráter único da perseguição penal	644
III. Ingerências e justificação jurídico-constitucional	645
TERCEIRA PARTE	
RECURSO CONSTITUCIONAL	647
§ 34. Generalidades sobre o recurso constitucional	649
§ 35. Admissibilidade do recurso constitucional	651
I. Recorrente	651

1. Capacidade para interpor recurso	651
2. Capacidade processual	652
II. Objeto do recurso	653
III. Legitimidade para interpor recurso	654
1. Possibilidade de uma violação de direito fundamental	654
2. Desvantagem para si próprio	657
3. Desvantagem atual	659
4. Desvantagem direta	660
IV. Necessidade de proteção jurídica	662
1. Esgotamento das vias de recurso	662
2. Subsidiariedade	664
3. Interrupções do prazo de esgotamento da via de recurso e quebra da subsidiariedade	664
V. Impedimento de recurso do efeito de caso julgado material	666
VI. Conformidade do recurso	667
1. Forma	667
2. Prazo	667
3. Revogação	668
§ 36. Fundamentação do recurso constitucional	669
I. Critério	669
II. Limitação do âmbito de controlo à violação de direito constitucional específico	671
1. O problema	671
2. A solução	672
<i>Índice remissivo</i>	681