

O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, INTERVENÇÃO ESTATAL E CONTROLE DOS POSTULADOS

THE FACTUAL SUPPORT OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988: SCOPE OF PROTECTION, STATE INTERVENTION AND CONTROL OF POSTULATES

Andrey Felipe Lacerda¹

Mestrando em Direito pelo PPGD/PUCRS

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a metódica constitucional dos direitos fundamentais no que concerne a sua aplicação prática. Por apresentar uma estrutura semântica e normativa diferenciada, faz-se necessário analisar os modelos doutrinários existentes no intuito de compatibilizar a doutrina nacional e estrangeira às realidades do constitucionalismo brasileiro. Os direitos fundamentais no século XXI adquiriram sua evolução completa, reintegrando-se ao sistema jurídico de tal forma que forçaram a reestruturação do direito positivo às prescrições jusfundamentais. Logo, é de suma importância entender este processo, bem como aprender

a manejar esta nova categoria dogmática que ocupa a centralidade do ordenamento jurídico irradiando seus efeitos por todos os ramos do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; âmbito de proteção; suporte fático.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the methodical of fundamental rights, with regard to their practical application. For presenting a different semantic and normative structure, it becomes necessary to analyze the available doctrinal models in order to harmonize the national and foreign doctrine to the realities of Brazilian constitutionalism. The fundamental rights in the twenty-first century acquired its full*

¹ Especialista em Direitos Fundamentais pelo Ius Gentium Conimbrigae - IGC da Faculdade de Direito de Coimbra (Portugal). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes.

evolution, reintegrating to the legal system in such a way that forced the restructuring of positive law to the constitutional provisions. Therefore, it is of paramount importance to understand this process and learn how to handle this new dogmatic category that occupies the centrality of legal system, radiating its effects on all areas of law.

KEYWORDS: *Fundamental rights; scope of protection; factual support.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os direitos fundamentais no século XXI; 2 Evolução dos direitos fundamentais; 3 Norma de direito fundamental; 4 Espécies normativas: regras, princípios e postulados normativos; 5 Âmbito de proteção jusfundamental; 6 O suporte fático dos direitos fundamentais; 7 O modelo de suporte fático proposto: âmbito de proteção normativo ou material, intervenção estatal *com* ou *sem* força normativa e controle dos postulados; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 fundamental rights in the XXI century; 2 Development of fundamental rights; 3 Norm of fundamental right; 4 Species regulations: rules, principles and normative postulates; 5 Scope of protection jusfundamental; 6 The factual support of fundamental rights; 7 The proposed model factual support: Scope of protection legal or material, state intervention with or without legal force and control of the postulates; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

No constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais assumiram um papel de destaque na construção de uma democracia material, onde a policontextualidade da sociedade é reconhecida pela norma suprema do Estado e garantida por prescrições de hierarquia suprallegal. O poder hegemônico da maioria, os interesses escusos injetados no parlamento e a proliferação de leis ofensivas aos bens jurídicos fundamentais já encontram, neste cenário, barreiras concretamente estabelecidas pelos direitos fundamentais. Não há mais espaço para teorias que pretendem negar sua eficácia, com base em seus enunciados normativos, vivemos, agora, na busca da plena efetividade de suas prescrições. Falar em gerações de direitos nos serve apenas como dado histórico; busca-se, então, compreender as funções e dimensões desses direitos direcionadas a salvaguardar ações, estados, setores, pretensões ou bens da realidade social que merecem proteção diferenciada.

Na primeira parte do trabalho, busca-se demonstrar as transformações ocorridas no constitucionalismo do século XXI e seus reflexos nos direitos fundamentais, bem como a partir de um recorte sociológico, fundado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, e demonstrar sua evolução completa,

que reestruturou o sistema jurídico de tal forma que este passou a se orientar conforme as prescrições jusfundamentais.

Em um segundo momento, pretende-se discorrer, sinteticamente, acerca da nova hermenêutica constitucional, fixando o conceito de norma e expondo-se as espécies normativas com que essa teoria trabalha. A finalidade é construir pontes de contato entre métodos de interpretação constitucional e a realidade do constitucionalismo brasileiro, buscando um sincretismo metodológico voltado a contornar os déficits de operabilidade da “teoria dos direitos fundamentais” que embasa boa parte da jurisprudência brasileira.

Por fim, propõe-se um modelo de suporte fático dos direitos fundamentais, mais controlável argumentativamente e que considere posições jurídicas que realmente mereçam uma proteção diferenciada.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XXI

Como advento do constitucionalismo do século XXI, operaram-se mudanças significativas e esparsas no plano da proteção dos direitos fundamentais. O reconhecimento da força normativa e vinculante da constituição, a opção por um sistema de regras e princípios, a filtragem constitucional, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais e a eficácia irradiante, a superação do positivismo e do método exclusivamente silogístico, são exemplos deste novo cenário².

O ingresso na pós-modernidade implicou mudança na aplicação do Direito, tendo em vista que a sociedade no Estado Democrático de Direito tornou-se extremamente complexa, abarcando uma pluralidade de visões de mundo, cada uma com pretensão de universalidade, refletindo na “criação de novos direitos” e no reconhecimento de novos titulares. Dessa forma, o Poder Judiciário passou a funcionar de forma diferente. A função dos juízes, ao longo do século XIX, estava orientada, em maior ou menor grau³, no sentido de legitimar a atuação do

² Cf. CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2009; CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³ A depender do modelo de Estado observado (americano ou europeu), nota-se maior ativismo no controle de constitucionalidade pelos juízes, o que não desqualifica a hegemonia do legislador.

legislador que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais. O afastamento do juiz do campo da política visava a assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado, considerado expressão máxima da vontade geral popular na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta forma, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos magistrados correspondia ao entendimento da tripartição dos poderes, assegurando legitimidade e distribuição do poder político em um sistema orientado pelos imperativos do liberalismo.

Na aplicação deste direito puro e idealizado, a interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O Poder Judiciário era apenas “a boca da lei”. Montesquieu afirmava: “Os juízes da nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (Montesquieu, 2000). Logo, o princípio da tripartição dos poderes era rígido, inexistindo harmonia e cooperação institucional, o que impedia o juiz de exercer qualquer papel criativo na interpretação dos textos legais.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcaram o desenvolvimento do Estado moderno, observou-se o deslocamento do “eixo de poder” do legislativo para o Poder Executivo, que no afã de construir uma sociedade verdadeiramente igualitária, optou por estatizar os meios de produção e intervir na liberdade contratual para garantir o bem-estar de todos – *Welfare State*. Este modelo entrou rapidamente em colapso, ante a ineficiência gerencial do Estado providência em controlar a economia e obter os recursos necessários à concretização dos direitos econômicos e sociais.

Durante a segunda metade do século XX, as funções do Estado começam a ser repaginadas, mormente ante aos efeitos nefastos produzidos pelos regimes totalitários nazifascistas, que, sob o manto da estrita legalidade, cometeram uma das maiores atrocidades da história da humanidade. Assim, o modelo de Estado constitucional (ou neoconstitucional) constrói-se, segundo Luís Roberto Barroso, a partir da compreensão de três marcos fundamentais que refletem a mudança de paradigma e evolução do direito constitucional, são eles o histórico, o teórico e o filosófico.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do 2º pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. Já, no Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

Conforme Luís Roberto Barroso (2009, p. 203):

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.

O marco filosófico é caracterizado pela síntese dialética de dois modelos anteriores: (1) O jusnaturalismo, composto pela filosofia do direito natural, cujo fundamento compreendia a crença em princípios jurídicos universalmente válidos que traduziriam direitos inerentes à própria natureza do homem; (2) e sua antítese, o positivismo, cuja pretensão era alcançar a pureza científica, equiparando o direito à lei e afastando-o da filosofia e das questões éticas e morais, tais como legitimidade e justiça, o que permitiu que regimes autoritários promovessem a barbárie sob a proteção da legalidade.

Dentro deste novo modelo institucional, com amplas garantias de direitos da pessoa humana, os direitos fundamentais adquiriam plena eficácia⁴, como se denota pela opção do constituinte originário em inserir a cláusula de aplicabilidade imediata no Texto Constitucional (art. 5º, § 1º, da CRFB) e salvaguardá-los da ação erosiva do legislador (art. 60, § 4º, da CRFB). Passamos, então, a era da democracia material, onde intensificam-se as lutas pela igualdade substancial, que envolve não apenas a vontade imperativa da maioria, mas assegura também a fruição de direitos básicos por todos, inclusive pelas minorias. A vontade da maioria é sempre expressa pelas leis, o Poder Legislativo e também o Executivo garantem o processo democrático majoritário formal, consubstanciado na criação e execução da lei. O Poder Judiciário, por sua vez, exerce o controle da constitucionalidade das leis, fiscalizando eventuais excessos ou omissões que possam comprometer a esfera jurídica dos indivíduos ou de grupos minoritários, os quais não têm força política para garantir suas pretensões via processo legislativo, garantindo, portanto, a democracia em seu sentido material.

⁴ Aptidão para produzir efeitos.

Com o aumento da complexidade da sociedade contemporânea e o ingresso de novos grupos e atores sociais no discurso jurídico, fruto da atuação acentuada dos movimentos sociais no final da década de 70, a sociologia do direito constatou que o modelo liberal, no qual embasava-se o exercício do Poder Judiciário, entrou definitivamente em crise, determinando uma nova visão a respeito da legitimação clássica para atuação dos juízes.

Essa nova hermenêutica jurídica começou a transformar paulatinamente a aplicação do Direito, propondo uma nova visão contemporânea do processo⁵, segundo a qual o espaço do Poder Judiciário é uma reprodução do atual cenário político-social brasileiro, marcado não só pelas demandas individuais, como também pelas ações coletivas dos vários atores sociais.

No pós-positivismo há uma reformulação da teoria da norma e os princípios passam a ter outra função no sistema jurídico. Assim, o constitucionalismo contemporâneo atribuiu força normativa à Constituição, a qual deixou de ser considerada apenas como um documento essencialmente político, destinado a orientar as atuações do legislador, para constituir a prática hermenêutica dos Tribunais. A partir desse momento, verificou-se um intenso aumento de complexidade, inerente à concretização de uma ordem jurídica que passou a comportar novas formas de comunicação até então estranhas ao Direito.

Assim, questões como: meio ambiente seguro e sadio, relações consumistas, democracia, liberdade de informação, liberdade de expressão, biossegurança, pluralismo, discriminação, liberdade religiosa, orçamento público, políticas públicas, aborto, liberdade sexual, entre outras, passaram a permear o dia a dia do Poder Judiciário, levando os Tribunais a decidir sobre questões éticas, morais, econômicas e políticas.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p. 59):

Final, hoje, o Estado cresceu para além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais com

⁵ Nesse sentido, Peter Häberle formula sua teoria de Constituição como processo público. Assim, a Constituição será o resultado, sempre temporário e historicamente condicionado, de um processo de interpretação conduzido à luz da publicidade, sua compreensão deve ser pluralística normativo-processual, destinada ao maior número de intérpretes possível, com o objetivo de preencher o conteúdo semântico da “Ordem Quadro da República” (Häberle, 2002). Verifica-se também a concepção de um processo sincrético, voltado para uma tutela justa, adequada e efetiva, apta a tutelar os direitos fundamentais. O apego ao formalismo foi deixado de lado e juiz deve construir a norma a partir da realidade fática, dos direitos em conflito, utilizando-se do balizamento conferido pelos postulados da proporcionalidade, concordância prática e equidade, entendidos como manifestação do *substantive due process of law* (Marinoni, 2006).

produtor de serviços de consumo social, regulamentador da economia e produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços e de produção e, de outro, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, se substituiu, ainda que parcialmente, ao mercado na coordenação de economia, tornando-se o centro de distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao criar impostos, ao fixar índices salariais etc. De outro lado, a própria sociedade alterou-se, em sua complexidade, com o aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação etc.

Diante da complexidade e da contingência do mundo, potencializadas pela velocidade das informações e dos comportamentos inesperados, surge a necessidade dos juízes utilizarem mecanismos mais flexíveis às peculiaridades do caso concreto, pois se torna praticamente impossível normatizar de forma geral e abstrata toda a conduta social. Portanto, o Direito na pós-modernidade utiliza uma nova forma operacional para a solução de determinados problemas concretos, considerando sempre as possibilidades fáticas e jurídicas postas. Trata-se do método de construção da norma, aliado a novos instrumentos de jurisdição e ao postulado da ponderação⁶.

A nova operacionalidade do Direito, ou, melhor, dizendo, essa reengenharia institucional do Poder judiciário⁷, se deu em grande parte em

⁶ O postulado da ponderação corresponde nas lições de Robert Alexy, ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da *adequação* do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da *necessidade* deste meio, que pressupõe um a relação de menor lesividade possível ao bem conflitante, logo, não será necessário utilizar uma conduta muito invasiva se dispõe de outra mais suave ou menos restritiva. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, no sentido de que “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”, ou seja, quanto mais se restringir um direito fundamental maior deverá ser a proteção conferida ao direito fundamental colidente, de modo que seja sempre preservado o seu núcleo essencial (proposição atômica sem a qual não há sentido proteger-se algo) - limite dos limites.

⁷ Expressão utilizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em entrevista concedida ao *Jornal Valor*, de 18.10.2007, publicada sob o título “A revolução silenciosa no Supremo Tribunal Federal”.

decorrência do processo de redemocratização proporcionado pela promulgação da Carta Federal de 1988, que implementou um abrangente sistema de controle de constitucionalidade.

Entendido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos dos sistemas americano e europeu. Assim, desde o início da República, adota-se a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, também se faz uso do modelo europeu pela via do controle direto da constitucionalidade, permitindo que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, verifica-se a ampliação do rol de legitimados à propositura do controle, conforme previsto no art. 103 da CRFB, atribuindo a inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas (partidos políticos, sociedades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais), a faculdade de ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal.

Fora o controle pela via de ação direta de inconstitucionalidade, também surgiram: ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF); mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF); representação interventiva (art. 34, VII, c/c art. 36, III, da CF); além da edição de súmulas vinculantes (art. 103-A da CF) e da reclamação constitucional (art. 102, I, da CF). Também assume papel de relevância o recurso extraordinário, pois leva matéria de repercussão geral ao STF, que vem conferindo efeitos *erga omnes* em alguns votos, em uma tendência de abstrativização do controle incidental.

Ademais, verifica-se o uso de novos instrumentos voltados à tutela dos interesses transindividuais, cuja própria denominação foi trazida por uma das principais leis que regem tais interesses: Lei nº 8.078/1990 – CDC. O surgimento da tutela dos interesses difusos e coletivos se efetivou com a Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, reconhecida como instrumento revolucionário no direito processual brasileiro. Desta forma, pode-se considerar que a LACP, o CDC e a própria Constituição da República de 1988 representam hoje um subsistema de tutela jurisdicional coletiva, imprescindível à defesa dos “novos” direitos difusos e coletivos, uma vez que a natureza individualista do Código Processual Civil não é mais adequada para essa finalidade.

A expansão da jurisdição constitucional acaba por conferir ao Poder Judiciário a prerrogativa de atuar de forma ativa, concretizando o conteúdo

da Constituição. A esse fenômeno tem-se dado o nome de “ativismo judicial”. Assiste-se a uma verdadeira reengenharia institucional do Poder Judiciário, que vem se fazendo de forma complexa.

Entretanto, apesar dos avanços instrumentais, falta ao direito constitucional do século XXI um método capaz de dar maior segurança às expectativas normativas de seus titulares, levando a sério seus direitos subjetivos, sem olvidar da segurança jurídica, evitando-se a banalização dos direitos fundamentais e seu uso abusivo.

Nessa perspectiva coloca-se o presente trabalho.

2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais só encontram possibilidades reais de efetividade e concretização sob a égide do Estado Democrático de Direito, pois, não obstante o seu surgimento no século XVIII, não completaram o seu processo evolutivo, que, em termos sistêmicos, só se completa quando preenchidas três condições vinculadas reciprocamente: variação, seleção e reestabilização.

“A variação consiste em uma reprodução desviante dos elementos através dos elementos do sistema. Importa a emergência de elementos que se afastam do modelo de reprodução até então existente” (Neves, 2008, p. 2). A variação, por si só, não representa evolução sistêmica, pois o sistema pode reagir negativamente ao desvio, fortalecendo sua indiferença ou desenvolvendo formas próprias de adaptação. Porém, pode ocorrer a seleção de estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador. Mesmo assim, o processo evolutivo não se completa, impondo-se a reestabilização, como mecanismo que, no plano da formação do sistema como unidade de reprodução, vem assegurar à estrutura inovadora: duração e capacidade de resistência.

Sobre evolução na teoria dos sistemas de Luhmann:

A seleção das variações geradas em consequência de uma perturbação externa somente terá como resultado uma nova re-estabilização do sistema, se as novidades podem ser incorporadas dentro das características estruturais do sistema. Para a sociedade como sistema social na sua relação com o seu meio, a evolução se coloca da seguinte maneira: a variação modifica a comunicação como elementos do sistema. Traduzido para a sociedade isso significa a comunicação

(= elemento) comunica (= processo) comunicação nova e surpreendente (= elemento variado). A seleção diz respeito às estruturas do sistema, no caso da sociedade, às expectativas que conduzem a comunicação. A seleção procura os sentidos que prometem capacidade de formar estruturas, que são capazes de ser usado novamente, que são capazes de formar e condensar expectativas. A re-estabilização define o estado de um sistema em evolução após uma seleção, seja positiva ou negativa. (Mathis, 2010)

Nesse sentido, a reestabilização seria assegurada com a inserção de novas estruturas no complexo de estruturas já existentes. Isto significa que as estruturas inovadoras só terão capacidade de resistência se forem incorporadas como parte de uma unidade de reprodução autorreferencial, seja esta a sociedade como um todo ou um de seus subsistemas parciais. Destarte, a reestabilização como mecanismo evolutivo implica, em grau maior ou menor, que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar-se às novas expectativas, possibilitando a continuidade dinâmica da sociedade.

Transportando a racionalidade sistêmica para o campo dos direitos fundamentais é possível inferir que, durante o século XVIII, foram compreendidos como “direitos naturais”; portanto, a defesa de que certo número de direitos preexiste ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, caracterizou-se como comunicação/comportamento desviante em relação ao modelo holístico de justificação da modernidade, que atribuía ao soberano e aos estamentos superiores prerrogativas em detrimento dos súditos, realizando-se, assim, a primeira fase do processo evolutivo: a variação.

A positivação dos direitos fundamentais caracterizou-se como forma de seleção do comportamento desviante, capaz de gerar novas estruturas, incorporando os “direitos naturais” à ordem jurídica e possibilitando a sua continuidade e reprodução. A partir de então, observou-se o surgimento do que parte da doutrina entende por gerações de direitos fundamentais, sendo a primeira composta pelos direitos civis e políticos, vinculados ao direito liberal; a segunda pelos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos, introduzidos pelo Estado Social; a terceira que abrange os direitos difusos ou transindividuais, como o meio ambiente, a paz, o patrimônio cultural, etc.; e, até mesmo, a “quarta”, que envolveria o direito à democracia, à informação, biossegurança e ao pluralismo.

Essa distinção entre “gerações” dos direitos fundamentais é estabelecida, no presente estudo, apenas com o propósito de situar diferentes momentos em que esses blocos de direitos surgem de forma seletiva através de reivindicações acolhidas pela ordem jurídica, o que é extremamente útil para demonstração do processo evolutivo (em termos sistêmicos) dos direitos fundamentais.

Não obstante a variação e seleção da comunicação diferenciada dos direitos fundamentais, estes só poderiam alcançar a sua evolução completa quando assimilados pelo sistema do direito com estruturas operativas próprias, implicando, ainda, na reestruturação do sistema preexiste (Direito) de modo a adequar-se ao elemento inovador (direitos fundamentais). Assim, com o advento da Constituição da República de 1988 e o reconhecimento de sua força normativa, os direitos fundamentais passaram a ser autoaplicáveis⁸ e rígidos por uma dogmática própria, cujo acolhimento reorientou⁹ o funcionamento do Direito (constitucionalização do Direito), ocorrendo a sua reestabilização ao sistema jurídico.

Com esta reestabilização, surge uma nova forma operacional do Direito, que utiliza uma estrutura própria, reintegrada à preexistente, com o escopo de assegurar a realização otimizada da pluralidade de valores da sociedade pós-moderna, que são garantidos, precipuamente, por meio de normas principiológicas. É necessário salientar que nem todos os direitos fundamentais assumem a forma de princípio, mas também podem implicar em deveres definitivos, na forma de regra. Entretanto, esta nova forma de garantir os direitos fundamentais resultou em um ganho de complexidade do sistema jurídico, que passou a operar em consonância com essas novas estruturas. Ressalte-se que “o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem” (Silva, 2009, p. 45).

Como resultado da evolução do sistema do direito surgem os princípios, definidos por Robert Alexy (2008) e Virgílio Afonso da Silva (2009) como “mandamentos de otimização”, significando que estes são realizados na

⁸ Conforme previsto no art. 5º, §§ 1º e 2º: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁹ Os princípios passam a orientar a aplicação e criação do direito, exemplificando: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao contrário do que acontece com as regras, que operam de forma binária observando a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), isto é, ou são subsumidas aos fatos ou não são aplicadas. A diferença básica entre regras e princípios é que, no caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Essa nova estrutura é capaz de transformar valorações externas em prescrições normativas, por meio de uma síntese de sentido, que ocorre dentro do sistema jurídico (procedimentalização) e possibilita responder as novas demandas do Direito, fundadas em questões éticas, políticas e econômicas, etc.

3 NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Inicialmente, é necessário fixar o conceito de norma, para então analisarmos as suas espécies, já que este novo conceito implica em um dos principais efeitos do direito constitucionalizado. Normas, portanto, são produtos da interpretação dos textos (exemplo: as normas gramaticais que podem ser extraídas a partir da leitura de um livro). A norma contém um “dever-ser”. Como tal, estabelece como deveria ser uma situação. Contrapõe-se às descrições, que se destinam a analisar a realidade como ela é. O direito destina-se a estabilizar expectativas de comportamento que não se adequam às frustrações, devendo ser estabilizadas de modo normativo. Isto é, seleciona comportamentos a partir dos dados da experiência e atribui caráter deontológico a esses tipos de comportamento, os quais deverão ser observados por todos, sob pena de uma consequência jurídica.

Nesse sentido, Friederich Müller¹⁰, ao discorrer sobre normatividade, norma e texto da norma, afirma que a normatividade pertence à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, isto é, não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social, do funcionamento efetivo e da atualidade concreta do ordenamento constitucional, perante motivações empíricas em sua área de atuação. Assim, não há como fixar todo o sentido da norma apenas em seu texto.

Gilmar Mendes (2009, p. 129) sintetiza:

Além disso, conclui Müller, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, linguisticamente,

¹⁰ Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; muito pelo contrário, todas as decisões são elaboradas com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e subsídios do direito comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são nem poderiam ser idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcendem.

Da interpretação surge um dever-ser, ou seja, uma norma. Há três modalidades básicas de “dever-ser”, conhecidas como modais deontológicos: dever, permissão e proibição. Em geral, a maior parte das normas está ligada a um desses casos, embora existam outras modalidades, inclusive no âmbito dos direitos fundamentais, que permitam algo a alguém ou imponham um dever a outros.

Essa distinção entre texto e norma é extremamente importante na metódica atual e se coloca como verdadeiro nó central do novo paradigma constitucional. A “nova hermenêutica jurídica” tem como dogma a não identificação entre texto e norma; logo, não há no ordenamento jurídico soluções prontas e acabadas para cada problema.

A norma, portanto, é produzida pelos intérpretes. Interpretar o direito é uma relação ente duas expressões: a primeira, que porta uma significação que é o objeto da interpretação; e a segunda, denominada interpretação. O texto é um signo e para ter significado carece da ação de um sujeito cognoscente. Assim, o Professor e ex-ministro Eros Grau costumava utilizar um exemplo analógico muito elucidativo para este fenômeno: diz ele que as artes são autográficas ou alográficas, a prosa e a pintura são tipos de arte autográfica, no sentido de que, para obter emoção estética, não se necessita da intermediação de um intérprete. Lê-se um poema e frui-se, olha-se um quadro e obtêm-se imediatamente emoção estética. A completude da obra de arte se dá tão só pela ação do artista que escreveu ou pintou. Nas artes alográficas, para obter emoção estética necessita-se da mediação de um intérprete, a música e uma peça de teatro são apenas textos, ainda que se saiba ler uma partitura ou uma peça, a completude da arte não se transmite apenas pelos escritos, é necessária a ação do artista, que dá vida a este tipo de arte.

O eminente ex-ministro defende, nessa estrutura, que o direito é alográfico, porque o texto normativo não se completa apenas no sentido expresso pelo legislador. Segundo ele, a “completude” do texto somente é atingida quando o

sentido por ele expressado é produzido pelo intérprete, constituindo, assim, a norma.

A definição é extremamente importante, uma vez que, ao retirar do texto em si apenas o início e o limite do seu caráter normativo, considerando-o completamente adquirido apenas após o processo interpretativo, torna-se compreensível que um enunciado comporte uma ou várias normas (fenômeno que ocorre na interpretação conforme a Constituição), bem como é possível obter uma mesma norma mediante aglutinação de diferentes enunciados normativos (diálogo das fontes), ou, ainda, uma norma sem necessidade de recurso a um texto escrito. É o que ocorre em sede de atribuição de sentido a preceitos fundamentais. Mediante um procedimento interpretativo dialético, constrói-se uma norma para tutelar um direito fundamental, a exemplo do que ocorreu com o direito a união homoafetiva no Brasil, em 04.06.2011, por meio da ADIn 4277 e da ADPF 132, reconhecendo, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo.

4 ESPÉCIES NORMATIVAS: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS NORMATIVOS

A distinção entre regras e princípios é particularmente importante para a compreensão da aplicação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, pois, não obstante a intensa carga axiológica a que estão submetidas as normas que garantem esses direitos, algumas assumem forma de regra, outras de princípio. Cabendo ao intérprete identificar se é o caso de imposição de algo definitivo ou se é o caso de posições jurídicas a serem realizadas na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Ressalte-se que a definição de princípios pode assumir diferentes conotações, as quais, caso mal empregadas, podem levar a conclusões contraditórias às premissas levantadas. Sob este enfoque destaca-se o critério da natureza normogenética dos princípios, cuja acepção indica que estes são o fundamento das regras, isto é, são “normas” que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas. É evidente que o programa normativo deriva de estruturas do próprio ordenamento jurídico, mas isso não significa que todos estes programas imponham deveres definitivos. Assim, pode-se dizer que tanto as regras quanto os princípios derivam de princípios estruturantes, que são nas lições de J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1173), “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Logo, o procedimento

de concretização e densificação dessas estruturas primeiras é que dá origem a dois tipos de programas normativos: regras e princípios.

Considerando esta premissa, a perspectiva adotada no presente trabalho é a preconizada por Robert Alexy (2008) e Virgílio Afonso da Silva (2009), onde “o principal traço distintivo entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem” (Silva, p. 45). No caso das regras, garantem-se direitos ou se impõem deveres definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos ou são impostos deveres *prima facie*¹¹.

Entende-se que princípios são “mandamentos de otimização”, isso significa que são realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao contrário do que acontece com as regras, que operam de forma binária, observando a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), isto é, ou são subsumidas aos fatos ou não são aplicadas. Se um direito é garantido por uma norma que tenha estrutura de uma regra, esse direito é definitivo, devendo ser realizado totalmente caso a regra seja aplicável ao caso concreto, pois, tratando-se de regras, é possível que haja uma exceção, ou, ainda, que fatores externos a tornem inaplicável. Por exemplo: a regra que proíbe a retroação da lei penal e sua exceção (retroagir sempre para beneficiar o réu: art. 5º, XL, da CRFB). Já no caso da atipicidade da conduta, pode-se falar em inaplicabilidade da regra, mesmo tendo ocorrido o fato por ela prescrito.

Tratando-se de princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige, pois, via de regra, essa realização é apenas parcial. Isso ocorre porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido *prima facie* e aquilo que é garantido definitivamente. Nessa linha é que se diz que, ao contrário do que acontece com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. O objetivo é sempre chegar ao grau

¹¹ “Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face de suas restrições e das possibilidades fáticas.” (Alexy, 2008, p. 103)

máximo de realização do Direito; no entanto, esse patamar dificilmente é alcançado, seja em virtude das condições fáticas¹² ou jurídicas ideais¹³.

No caso das regras, verifica-se que sua aplicação não depende das condições jurídicas do caso concreto, sendo, na maioria das vezes, aplicada em abstrato por meio de subsunção do fato à norma, enquanto que aos princípios aplica-se o sopesamento. Isso não significa que regras não careçam de interpretação para serem aplicadas; pelo contrário, toda norma é produto de uma interpretação, seja ela uma regra ou um princípio. A aplicação se dá sobre o produto da interpretação dos textos, dos dispositivos e da realidade fática; portanto, não é o texto que define a espécie normativa.

Percebe-se na doutrina a confusão entre dois momentos distintos¹⁴: o primeiro, de construção da norma; e o segundo, de sua aplicação. Seja regra ou princípio, sempre é necessário interpretar sistematicamente (Freitas, 2010) os enunciados normativos em conjunto com a realidade fática do caso concreto, avaliando-se os impactos da decisão, consultando estudos monográficos, precedentes e subsídios do direito comparado e internacional. Após este primeiro momento, verifica-se a possibilidade de ser algo definitivo ou *prima facie*. Parece se tratar de uma tarefa difícil sujeita a maniqueísmos de toda ordem, mas existem elementos capazes de balizar a definição, como bem sugere Humberto Ávila (2009) ao definir regras como normas imediatamente descritivas (definem no texto algo a ser cumprido) e princípios como imediatamente finalísticos (demandam uma avaliação da correlação entre um estado de coisas a ser promovido).

Não obstante a crítica feita por Ávila¹⁵ à “teoria dos direitos fundamentais” de Alexy, em nosso sentir, as propostas não são antagônicas, existe aqui apenas

¹² Por exemplo: ausência de recursos suficientes no fornecimento de certos medicamentos para a realização máxima do direito à saúde.

¹³ Possível colisão com outros princípios ou ausência de regulamentação.

¹⁴ Provavelmente esta confusão derive da aceção de Gadmer, ao afirmar que o “conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário” (Gadmer, 2007, p. 315). Em nosso entendimento, o autor busca ressaltar o processo hermenêutico de construção/reconstrução dialética da norma, que se faz através do programa normativo (textos) e do setor normativo (realidade e compressões). Nesse sentido, não é objeto de sua investigação a estrutura de dever ser que esta norma irá assumir após o processo de construção (interpretação).

¹⁵ Humberto Ávila parte do pressuposto que regras também podem ser ponderadas. Logo, afirma que “o modo de aplicação das espécies normativas, se ponderação ou subsunção, não é adequado para diferenciá-las, na medida em que toda norma jurídica é aplicada por um processo de ponderação. [...]”

uma confusão entre momentos distintos: construção e aplicação da norma. Destarte, após a construção da norma, cabe ao intérprete verificar a possibilidade de aplicação, se algo deve ser cumprido em definitivo, quase que em identidade ao descrito no texto principal, trata-se de uma regra. Se, por ventura, houver outros bem jurídicos fundamentais de mesma hierarquia em conflito, ou não seja factível a plena aplicação do preceito da norma, algo deve ser imposto na maior medida possível, de forma otimizada, trata-se de um princípio. Essa “nova hermenêutica” sempre será acompanhada do dever de fundamentação das decisões, permitindo o controle da aplicação *in concreto*.

Observa-se pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 130) que o Tribunal conferiu natureza de regra aos direitos comunicativos: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Assim, considerou que

os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.

[...]

3. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador de superiores bens de personalidade que são a mais direta emanção da

Registre-se que a distinção entre as espécies normativas com base no modo de aplicação e no modo de solução de antinomias também pode conduzir, de um lado, a uma trivialização do funcionamento das regras, transformando-as em normas que são aplicadas de modo automatizado e sem a necessária ponderação de razões. Mais que isso: essa distinção leva a crer que as regras não podem ser superadas, quando, em realidade, toda norma jurídica - inclusive as regras - estabelece deveres provisórios, como comprovam os casos de superação das regras por razões extraordinárias com base no postulado da razoabilidade. De outro lado, esses critérios de distinção, se não somados a critérios precisos de aplicação e de argumentação, podem conduzir, indiretamente, a um uso arbitrário dos princípios, relativizados conforme interesses em jogo” (Avila, 2009, p. 88).

dignidade da pessoa humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da natureza jurídica dos direitos prolongados ao capítulo constitucional sobre a comunicação social. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar

para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. (ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, J. 30.04.2009)

Nesse sentido, concluiu-se que, após o momento de construção da norma, consubstanciado no procedimento da ADPF 130, o Tribunal aplicou este “bloco de direitos” como uma regra, isto é, como um dever definitivo que não está sujeito à ponderação com os princípios do art. 5º, X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), assegurando apenas a reparação do dano e o direito de resposta posteriores.

Considerando estes dois momentos distintos, construção e aplicação da norma, podemos solucionar outro problema na aplicação dos direitos fundamentais. Trata-se do conflito aparente entre regras e princípios. Aqui, o conflito é aparente porque a regra deve sempre prevalecer sobre o princípio, e em alguns casos isso pode aparecer de forma ofuscada, induzindo o intérprete em erro, ao confundir o texto e a norma.

Por vezes, existem ponderações que não deveriam ser feitas, pois existe uma regra para o caso concreto, resolvendo-se a questão no momento de aplicação da norma, tratando-se, portanto, de conflito aparente. Isso porque não há colisão propriamente dita, ocorre que o sopesamento é feito pelo legislador entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, cujo resultado é o direito ordinário. Virgílio Afonso da Silva esclarece que trata-se de uma relação de restrição, devendo a regra sempre ser aplicada por subsunção e o exemplo mais claro disso é encontrado no direito penal, pois, para um fato ser típico, isto é, para que se preencha seu suporte fático (preceito primário), a fim de que se ative a consequência jurídica (preceito secundário), é necessário verificar: se o fato é típico (conduta, resultado, nexos de causalidade, tipicidade formal e englobante), antijurídico (se estão presentes causas de exclusão da ilicitude) e culpável (se estão presentes causas de exclusão da culpabilidade); caso contrário, a regra não se aplica.

Um exemplo elucidativo é encontrado no caso “Gerald Thomas”

Ementa: *Habeas corpus*. Ato obsceno (art. 233 do Código Penal). 2. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaias do público. 3. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. 4. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. 5. Empate na decisão. Deferimento da ordem para trancar a ação penal. Ressalva dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie, que defendiam que a questão não pode ser resolvida na via estreita do *habeas corpus*. (STF, *Habeas Corpus* nº 83.996-7, Rio de Janeiro, Rel. p/o Ac. Min. Gilmar Mendes, DJU 26.08.2005)

Gerald Thomas, diretor de teatro, foi vaiado em uma peça de teatro e, revoltado, mostrou as nádegas para o público. No caso, alegou-se que o comportamento estaria amparado pela liberdade de expressão, mas o Tribunal entendeu pela atipicidade da conduta, afastando aplicação da regra que proíbe o ato obsceno em peças de teatro, tendo em vista que a conduta seria atípica.

Outro caso emblemático é o “Caso Ellwanger”, no HC 82.424, julgado em 17.09.2003, Relator originário o Ministro Moreira Alves, Relator para o Acórdão o Ministro Maurício Côrrea, onde Sr. Ellwanger foi acusado de prática do crime de racismo contra o povo judeu, em razão do teor de sua obra “Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século”. Onde o cerne da questão era qualificar-se o autor como historiador revisionista ou definir a obra como conteúdo antissemita. O acórdão é bastante complexo, pois os ministros utilizam argumentos e redes conceituais muito diversas, mas, no que tange ao objetivo deste trabalho, nos interessa demonstrar que os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio utilizaram o método da ponderação, chegando a resultados diversos, sendo que, em nosso entendimento, a questão deveria ser resolvida pela tipicidade da conduta de racismo, já que a ponderação foi realizada pelo legislador, o qual optou por tratar de questões étnicas fora do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Ao refletir acerca da necessidade, enquanto máxima parcial da proporcionalidade, o Ministro Gilmar Mendes expõe que “não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”. Entretanto, não demonstra alternativa alguma para demonstrar concretamente a impossibilidade de meio menos penoso e igualmente eficaz.

De outro giro, em trecho do voto, o Ministro Marco Aurélio afirma que, “à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário”. Mais adiante, “avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas, enseja um precedente perigosíssimo”. E depois:

o Tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações de que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “jurisprudência simbólica”, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, afim de opinião política.

Logo, verificamos que eventuais condutas típicas não podem ser sopesadas com direitos fundamentais¹⁶, pois são regras, sendo certo que o sopesamento foi feito pelo legislador. Cabe apenas analisar se há ou não o preenchimento do suporte fático. Esse cuidado garante o princípio democrático, respeitando-se a separação dos poderes e a autoridade do Poder Legislativo.

Outro caso de conflito aparente entre regras e princípios é encontrado no controle de constitucionalidade da lei, onde a regra ou é aplicada no caso concreto, ou é declarada inconstitucional, e, a depender do tipo de controle, retirar-se-á a eficácia da regra, afastando um dos sentidos da norma que não

¹⁶ Outra questão é bem ventilada na ADPF 187/DF, Relator Ministro Celso de Mello, 15.06.2011, onde poderia se visualizar o conflito entre liberdade de expressão e apologia às drogas (art. 287 do CP); logo, considerando o contexto, afasta-se a tipicidade, mas não há de se dizer que apologia está inserida no suporte fático da liberdade de expressão.

esteja conforme a Constituição. Aqui, não se afasta a incidência da regra em virtude de um princípio. O que alguns chamam de “derrotabilidade”¹⁷ da regra ou prevalência do “princípio da dignidade da pessoa humana”, ou, ainda, de equidade (justiça do caso concreto), não existe. Trata-se de controle da constitucionalidade da regra.

Boa parte da doutrina clássica sustenta que os princípios constituem base de todo o ordenamento jurídico, de onde provém todas as regras. Assim, os princípios assumem o caráter essencial de fonte do Direito. Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo (2001), “princípio” seria um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”. Segundo esta corrente, entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa ideia, há aqueles que sustentam que a distinção entre ambos seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizam esses princípios. Porém, há também aqueles que partem de uma diferenciação pelo grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e gerais, ao passo que as regras seriam mais objetivas e específicas.

Essa distinção amplamente difundida na seara do direito público apresenta inconsistências, uma vez que a doutrina clássica parte de outro conceito de norma, identificando-a com o texto dos dispositivos legais. Desse modo, terminam por desconsiderar a latente indeterminação das regras e acobertando seu conteúdo valorativo, transformando-as em normas de segunda categoria, pela sua pretensa determinação e pela suposta neutralidade valorativa. Ora, toda norma é veiculada por meio da linguagem, sendo em alguma medida indeterminada, além de que sua construção sempre pressupõe uma interpretação, por mínima que seja. Ademais, toda norma, seja regra ou princípio, serve a realização de certos valores que o legislador optou por proteger.

De outro lado, ao afirmar que princípios são normas de elevado grau de abstração e generalidade e que, por isso, exigem uma aplicação altamente subjetiva, cria-se uma contradição à própria teoria, pois insistir que prescrições normativas, como anterioridade, não cumulatividade, proibição da prova ilícita, moralidade, autotutela, impessoalidade, primazia da realidade, *in dubio pro reu*, oficialidade, indisponibilidade da ação penal, são princípios é incidir em erro, pois, na verdade, tratam-se de regras.

¹⁷ FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios e direitos fundamentais*. In: Sarmento, 2007, p. 3.

Nesse sentido, sábia é a crítica de Humberto Ávila, (2009, p. 85) ao afirmar que

a inconsistência semântica traz implicações no plano sintático: muitos autores que definem princípios como aquelas normas portadoras de propriedades específicas (elevado grau de abstração e generalidade) insistem em qualificar de “princípios” normas que não tem aquelas propriedades. Ora, se *princípio* é definido como uma norma de elevado grau de abstração e generalidade e que, por isso, exige uma aplicação com elevado grau de subjetividade, pergunta-se: a prescrição normativa permitindo o abatimento, do imposto sobre produtos industrializados a pagar, do montante incidente nas operações anteriores pode ser considerada um princípio? A prescrição normativa que exige a publicação de lei que instituiu ou aumentou um imposto até o final do exercício anterior ao da cobrança pode ser considerada um princípio? A prescrição normativa que proíbe o legislador de tributar fatos ocorridos antes da edição da lei pode ser considerada um princípio? A proibição da utilização de prova ilícita pode ser considerada um princípio? Claro que não. Onde estão as referidas propriedades de elevado grau de abstração e generalidade no caso da norma que exige anterioridade para instituição ou aumento de imposto, por exemplo? Elas não estão presentes em lugar algum.

Os postulados normativos não possuem caráter deontológico; logo, não são aptos a criar direitos e obrigações na vida civil. Assim, muitos negam sua qualidade de norma jurídica. Humberto Ávila afirma que são meta-normas, isto é, normas sobre como aplicar outras normas. Os postulados por vezes aparecem na doutrina como sendo manifestações objetivas dos princípios de direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre, proporcionalidade, considerada manifestação objetiva do devido processo legal. Outros postulados são oriundos da doutrina dos mais variados ramos do Direito, como: lesividade, insignificância, intervenção mínima (direito penal); unidade da constituição, concordância prática, efeito integrador, máxima efetividade (direito constitucional); proteção

do trabalhador, primazia da realidade, continuidade da relação de emprego (direito do trabalho).

Portanto, a qualificação de meta-norma não é incompatível com o entendimento de norma como produto de interpretação dos textos, pois entende-se que os postulados são produtos de uma interpretação sistemática do Direito, levando em conta as finalidades e os objetivos da norma, servindo de instrumentos que balizam a interpretação e aplicação do Direito.

Nesse sentido Humberto Ávila (2009, p. 181) define:

Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações de elementos com base em critérios. Alguns postulados aplicam-se sem pressupor a existência de elementos e critérios

5 ÂMBITO DE PROTEÇÃO JUSFUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais, por sua natureza materialmente aberta e abstrata, traduzem valores, opções políticas e bens jurídicos inerentes a uma sociedade pluralista e democrática, que por vezes entram em colisão. Isso ocorre porque não há uma única ideologia, assentada no texto constitucional, capaz de orientar o comportamento social.

No Estado Democrático de Direito do século XXI todos os grupos e etnias recebem a proteção da Carta Magna¹⁸, sendo que esta proteção é conferida *prima facie*¹⁹, uma vez que todos estes valores são de mesma hierarquia. Sendo assim, faz-se necessário o arranjo de outros elementos essenciais para determinar o

¹⁸ O pluralismo é um dos fundamentos da República: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V – o pluralismo político”. E também um de seus objetivos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹⁹ Isto é, não são protegidos de forma definitiva e absoluta, mas de modo otimizado, diante das possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa, em outros termos, que a proteção conferida pelos direitos fundamentais pode ser restringida, de acordo com o peso de cada princípio no caso concreto. Ressalvados os aqueles que assumem forma de regra, como o art. 5º, III (ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante).

conteúdo juridicamente garantido e a própria estrutura deontológica derivada das normas de direitos fundamentais.

A estrutura lógica de uma norma de direito fundamental, na sua considerável maioria, é diferente daquela utilizada para a aplicação do direito ordinário. Destarte, o método silogístico não é capaz de definir *o que* é protegido, *contra o que* algo é protegido e *como deve ser* garantido um direito fundamental. O “momento descritivo” e o “momento normativo” não podem ser fixados de forma geral e abstrata para cada direito previsto no texto constitucional. O Professor José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 449) pontifica:

O facto de um determinado comportamento, situação ou coisa serem descritos como fazendo parte do âmbito ou sector da realidade social considerada como referente de um direito fundamental aponta, numa primeira aproximação das coisas, (*prima facie*) para sua integração no âmbito de proteção. Daí não se segue necessariamente que esse comportamento, situação ou coisa sejam recortados, em termos jurídico-constitucionais, como um conteúdo de um direito juridicamente garantido. Veja-se o exemplo dos *graffiti* e dos *sprayrs*. Dizer-se que eles entram no sector da realidade social descrito como arte não implica, necessariamente, que sejam protegidos como tal. A lei pode vir a considerar como parcialmente censurável, seja a que título for, a impregnação de desenhos ou outros sinais em edifícios públicos ou privados. Por aqui se vê já que o conteúdo juridicamente garantido está estritamente associado às *mediações jurídicas* feitas em torno de um direito fundamental em concreto.

O âmbito de proteção de um direito fundamental situa-se no momento descritivo da norma, uma vez que descreve determinados setores, pretensões ou bens da realidade social. O direito à vida refere-se à vida humana; o direito à inviolabilidade de domicílio diz respeito à casa, morada ou habitação; a liberdade de comunicação corresponde às cartas, aos telefonemas, às mensagens, à imprensa, etc. Nesse ponto, existem divergências doutrinárias acerca da definição deste âmbito de proteção. A depender da teoria que adote esses setores, pretensões ou bens da realidade social serão excluídos *a priori* da proteção da norma.

É o que prega a teoria interna, ou dos limites imanentes²⁰, onde o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é previamente delimitado, ou seja, não é toda e qualquer posição jurídica que encontra amparo na proteção jusfundamental. Felipe de Paula (2010, p. 255) esclarece que:

Essa delimitação é, para significativa parcela de seus defensores, calcada em critérios abstratos de intuição ou evidência, que almejam alcançar ou defender a essência de determinado direito fundamental, ainda que o mesmo seja visto como inserido no ordenamento como um todo e dependente, pois, das definições de suas fronteiras para uma apropriada coexistência jusfundamental. O que se encontrar fora dessa configuração não é assegurado, em definitivo e de uma só vez, pela hipótese normativa.

Um dos principais defensores desta corrente é Vieira de Andrade (2004, p. 294), que faz uso de argumentos duvidosos para excluir certas posições da proteção diferenciada. Senão vejamos:

Por exemplo, terá sentido invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou, associada ao direito de contrair casamento, para justificar a poligamia ou a poliandria? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou apelar ao direito de propriedade para não pagar impostos ou ao direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário?

Aceitando-se a proposta de limitação imanente, como então formulada, deflui que: (i) não há possibilidade de restrição ao direito; (ii) não há suporte fático amplo, uma vez que este se identifica com o âmbito de proteção do

²⁰ Os limites imanentes correspondem a ideia de que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a eles. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, não se fala em *colisão de direitos fundamentais*, estes são considerados absolutos e insuscetíveis de restrição. Sua estrutura seria semelhante a das regras.

direito; (iii) há delimitação em ato único e não se consideram variáveis fáticas ou jurídicas. Com efeito, verifica-se que o conceito de suporte fático restrito é idêntico ao de limites imanentes. É possível extrair essa conclusão a partir das lições de Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2009, p. 82):

São várias as estratégias e os conceitos a que os autores recorrem para definir o conteúdo do suporte fático restrito, ou seja, para excluir, de antemão, determinadas condutas do âmbito de proteção de alguns direitos fundamentais. Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum: (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana; (b) a rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais. As estratégias mais importantes são: (1) a interpretação histórico-sistemática; (2) a delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friederich Müller; e (3) a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma como proposta por John Rawls.

No que concerne ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a questão precisa ser melhor definida na doutrina brasileira. As críticas ao modelo de limitação imanente são maciças, pois em um Estado Democrático de Direito, centrado em uma sociedade cosmopolita e em constante evolução, excluir ações, estados ou posições jurídicas da proteção jusfundamental (supralegal), sem que seja feito um exame detalhado, mediado por um procedimento dialético-argumentativo, é, sem dúvida, violar a Constituição, principalmente se considerarmos o aspecto contramajoritário dos direitos em questão. Ações de grupos minoritários, excluídos do processo político, perderiam força sob a retórica polida do autoritarismo conservador. Comportamentos inovadores ou revolucionários seriam objeto de forte reprimenda estatal, o contrassenso com o próprio instituto de direitos fundamentais seria evidente.

De outro lado, em um âmbito de proteção extremamente alargado, que incluía “toda ação, estado, ou posição jurídica que tenham qualquer característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático ou do âmbito da vida de um determinado direito fundamental” (Silva, 2009, p. 72), questões relevantes se apresentariam. Abre-se espaço para o abuso, o agir sem direito, pois, a partir de uma norma hierarquicamente superior, com núcleo duro

protegido pelas cláusulas pétreas, destruir-se-ia o direito ordinário sob a retórica da jusfundamentalidade, colocando a própria democracia em risco.

Em alguns casos, também não faz sentido alargar-se um direito para depois restringi-lo; estar-se-ia movimentando a máquina judiciária com pretensões irreais, completamente desarrazoadas em detrimento da própria eficiência da Administração Pública. Ademais, nem todos os direitos fundamentais são garantidos *prima facie*, alguns assumem a forma de regra, impondo deveres definitivos, a exemplo do art. 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”. Aqui o âmbito de proteção é estritamente normativo, isto é, já foi definido pelo próprio constituinte.

Um modelo constitucionalmente adequado²¹ deve considerar as opções políticas do legislador constituinte originário, que conferiu um amplo catálogo de direitos fundamentais, com enunciados normativos diferenciados e, ainda, dotando o regime geral de cláusula de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), de abertura à materialidade jusfundamental (art. 5º, § 2º) e proteção do núcleo essencial (art. 60, § 4º, IV). Outrossim, deve-se considerar também a opção por um sistema misto de controle da constitucionalidade que permite a “derrotabilidade” de um ato normativo contrário à ordem constitucional por qualquer magistrado, a modulação dos efeitos no controle concentrado e, até mesmo, a possibilidade eficácia *erga omnes* em controle difuso.

Nesse sentido é a proposta de Gilmar Ferreira Mendes (2009), que, inspirado no modelo desenvolvido por Pieroth e Schlink, estabelece, para alguns casos, o âmbito de proteção estritamente normativo. Para o eminente Ministro, o âmbito de proteção é delimitado pelo próprio texto constitucional em diversas circunstâncias, como:

Art. 5º da CRFB:

XXVI – a pequena propriedade rural, assim *definida em lei, desde que* trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

²¹ Expressão usada por Konrad Hesse (In: Canotilho, 2003).

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros *pelo tempo que a lei fixar*;

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*;

[...]

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, *vedada a de caráter paramilitar*;

[...].²² (grifos nossos)

Nesses casos, o constituinte utiliza expressões como: “nos termos da lei”; “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”; “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, etc. Aqui, pode-se dizer que há incompatibilidade entre a teoria de Alexy, moldada para a Constituição alemã, e a nossa Constituição da República, pois, como a restrição foi imposta pelo poder constituinte originário, não há possibilidade de avaliar se a “fundamentação constitucional para essa intervenção” é justificável ou não, ela simplesmente deve ser observada, trata-se de um limite imanente, situado no momento descritivo da norma.

Nos casos em que o âmbito de proteção é normativo, cabe apenas o controle de constitucionalidade da restrição ou da proteção deficiente da legislação ordinária. Afere-se, em concreto ou em abstrato, se a atividade do legislador

²² Nesses casos, o legislador constituinte originário definiu o que é protegido, o modo de exercício, e/ou atribuiu ao legislador ordinário o poder de restringir ou conformar direitos fundamentais, a intervenção estatal é deslocada para o âmbito de proteção do direito fundamental; há, portanto, uma delimitação imanente.

ordinário está de acordo com a Constituição, fazendo uso dos postulados da proporcionalidade²³, concordância prática²⁴, unidade²⁵ e interpretação conforme a Constituição²⁶.

Observa-se que a proposta de âmbito de proteção estritamente normativo situa-se em posição intermediária entre a teoria de limitação imanente e a teoria externa de restrições a direitos fundamentais. Há, portanto, um deslocamento da intervenção estatal para o âmbito de proteção do direito, sem que haja possibilidade do controle da fundamentação constitucional para esta restrição, uma vez que foi estabelecida pelo poder constituinte originário.

Há, no entanto, direitos fundamentais mais abstratos, tais como: vida, liberdade, igualdade, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, liberdade de expressão, autodeterminação, etc., em que o âmbito de proteção não é balizado pelo legislador constituinte originário. Nesses casos, a doutrina sugere que isso seria aferível apenas em concreto, caso a caso, considerando as possibilidades fáticas e outros bens constitucionalmente protegidos. Assim, utilizam a teoria externa, para a qual o direito fundamental guarda íntima relação com suas restrições. A primeira vista haveria um direito ilimitado, que seria restringido a depender do caso concreto, dando origem a um direito definitivo, e para se compreender esta proteção seria preciso compreender o conceito de suporte fático amplo.

²³ O exame da proporcionalidade envolve o método trifásico da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Assim, nas lições de Robert Alexy, a adequação diz respeito ao meio utilizado para a persecução do fim desejado. Na análise da necessidade perquirir-se se há um mais suave ou menos restritivo. Na proporcionalidade em sentido estrito, formula-se uma lei de ponderação, ou seja, custo benefício, no sentido de que “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”, ou seja, quanto mais se restringir um direito fundamental maior deverá ser a proteção conferida ao direito fundamental colidente, de modo que seja sempre preservado o seu núcleo essencial do direito restringido - limite dos limites.

²⁴ Concebido por Konrad Hesse, impõe-se que na interpretação da Constituição “os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto”.

²⁵ Para Konrad Hesse, “[...] uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna”.

²⁶ “Só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco.” (STF, ADIn 1.344-1/ES, Medida Liminar, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves)

6 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia central de suporte fático foi inicialmente formulada por Pontes de Miranda (1983, tomo I, p. 3), ao afirmar que, para ser ativada uma consequência jurídica no plano do “dever-ser”, era necessária a ocorrência de uma hipótese, composta por fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma. Em sua obra, o autor fazia a distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto, sendo que, para a ocorrência do segundo, deveria ser implementado o primeiro. Em abstrato, o conceito nos faz entender que o suporte fático é formado pelo conjunto de elementos fáticos que a norma jurídica, em abstrato, prevê e a ele imputa determinada consequência; já, em concreto, conduz a ideia da real ocorrência, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica juridicizou. Para o presente trabalho o sentido adotado é o de suporte fático em abstrato.

O conceito de suporte fático é pouco utilizado em direito constitucional, talvez porque antes do processo de redemocratização do Estado brasileiro esse ramo específico destinava-se quase que na sua totalidade ao estudo da organização estatal, tratando de temas como: definição de competências legislativas, regime tributário e administrativo. No Governo Sarney (anos 90), a Suprema Corte intensifica os exames de controle da constitucionalidade, precipuamente no que tange ao ajuste da legislação federal à Constituição, mas os casos recorrentes eram tributários, previdenciários e de funcionários públicos, o que perdurou por longos anos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sob o Governo do Presidente Collor, houve intensa crise política, cabendo ao Supremo Tribunal Federal delimitar os poderes do Executivo, do Legislativo e até mesmo os seus; logo, a jurisprudência pautou-se pela regulação das medidas provisórias e do plano real. Posteriormente, no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, as questões giravam em torno das privatizações e do plano econômico, etc.

Só com a estabilização política e econômica, a qual se deu após mais ou menos 15 anos, é que houve movimentação da jurisprudência na defesa e garantia de direitos fundamentais. Assim, só após a concretização de um regime democrático formal é que se iniciou a busca por uma democracia material, cuja construção passa, necessariamente, pelo respeito e fomento aos direitos fundamentais.

Destarte, o uso de um conceito de suporte fático limitava-se quase que com exclusividade ao direito penal, com suas construções doutrinárias acerca

da tipicidade. Em direito tributário, conceitos semelhantes se apresentavam em formulações concernentes à regra matriz de incidência tributária (Carvalho, 2007), que na construção da norma leva em consideração dois momentos distintos: o antecedente formado por recortes da realidade fática e o consequente formado pela consequência jurídica decorrente da subsunção destes fatos à norma, dotada de um dos modais de deônticos de permissão, proibição ou obrigação.

Em linhas gerais, o suporte fático é formado por aqueles fatos, atos e estados do mundo da vida que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica. Preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Existem pontos de contato entre as teorias que utilizam esse tipo de instituto, pois é comum que se pergunte se esse ou aquele fato, ato ou estado é protegido por essa ou aquela norma que garante um direito fundamental, ou se essa ou aquela ação estatal configura, ou não, uma intervenção nesse âmbito de proteção.

No caso dos direitos fundamentais, também é comum identificar o conceito de suporte fático com o âmbito de proteção da norma, o que prejudica a análise da consequência jurídica, pois não se avalia a intervenção estatal nos atos, fatos ou bens jurídicos protegidos pela norma. Ademais, nessa seara, também é comum associar a ideia de suporte fático amplo à possibilidade de restrição e a de suporte fático restrito à teoria dos limites imanentes (impossibilidade de restrição), o que não é adequado ao modelo proposto pela Constituição da República, pois, em alguns casos, o constituinte originário optou por intervir neste âmbito (estritamente normativo) e em outros não. Com efeito, mesmo que o âmbito de proteção seja fixado pelo legislador, sempre haverá a possibilidade de restrição, desde que observada a proporcionalidade.

Segundo o Professor Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 72), pautado na doutrina de Robert Alexy tratando-se de direitos fundamentais, a definição de suporte fático passa pela análise de quatro perguntas: (1) O que é protegido? (2) Contra o que? (3) Qual é a consequência jurídica que poderá ocorrer? (4) O que é necessário ocorrer para que a consequência possa também ocorrer?

Ao contrário do que se poderia imaginar, a resposta que define o suporte fático não é apenas a resposta à primeira pergunta. Quando se fala, portanto, que “todos são iguais perante a lei”, não é a definição do que é protegido – a igualdade – suficiente para definir o suporte fático. Aquilo que é protegido é apenas uma parte – com certeza a mais importante – do suporte

fático. Essa parte costuma ser chamada de âmbito de proteção do direito fundamental. Mas para configurar o suporte fático é necessário um segundo elemento – e aqui entra a parte contra-intuitiva: a intervenção estatal. Tanto aquilo que é protegido (âmbito de proteção) como aquilo contra o qual é protegido (intervenção, em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais. Isso porque a consequência jurídica – em geral, a exigência de cessação de uma intervenção – somente pode ocorrer se houver uma intervenção nesse âmbito.

Assim, o suporte fático dos direitos fundamentais é composto por determinados setores, pretensões ou bens da realidade social, que sofrem determinada intervenção estatal no sentido de restringir ou fomentar esses elementos, ou, ainda, de criar condições para a sua implementação.

Ressalte-se que esta intervenção estatal nem sempre é restritiva, muitas vezes ela é feita no sentido de completar (conformar), densificar e concretizar um direito fundamental. Por exemplo:

Art. 5º [...]

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...].

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]. (Constituição da República de 1988 – CRFB)

Partindo da premissa de que o suporte fático “são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental”, é ainda necessário que *não haja* fundamentação constitucional para a intervenção, isto é, justificação composta de argumentos de índole constitucional. Se houver, estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*), cabendo tão somente o exame da proporcionalidade da restrição.

Em lógica formal, o modelo seria representado da seguinte forma:

$$(x) (APx \wedge \neg FC (IEx) \leftrightarrow OCJx)^{27}$$

Assim, para se extrair algum efeito jurídico de direitos fundamentais (x) cuja norma assume natureza principiológica, é necessário definir quais os atos, estados, posições ou bens jurídicos fazem parte de seu âmbito de proteção (APx), qual é a intervenção estatal nesse âmbito (IEx), como, por exemplo: restrições diretamente constitucionais, reserva legal, reserva legal qualificada ou restrições por legislação infraconstitucional, atos administrativos, bem como eventuais omissões do Estado. Depois, é preciso verificar quando tal intervenção não é fundamentada constitucionalmente (FC (IEx)), por exemplo: é desarrazoada, desproporcional, existe vício de competência ou proteção deficiente; para, então, definirmos qual a consequência jurídica que deverá ocorrer, se cessação de uma intervenção em x (liberdades fundamentais e abstenção estatal) ou a exigência de uma ação estatal para concretizar o direito (direitos à prestações);

²⁷ Modelo desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva, inspirado em Martin Borowski e Robert Alexy (Silva, 2009, p. 72).

pois, se houver justificativa constitucional, estaremos diante de uma restrição compatível com o sistema.

É necessário salientar que em se tratando de direitos fundamentais de prestação, ou seja, aqueles que necessitam de uma ação estatal para que sejam garantidos, como os direitos sociais, por exemplo, o suporte fático será composto por variáveis diferentes, pois nesse caso proteger significa realizar. Portanto, o âmbito de proteção será composto de ações que em maior ou menor grau fomentem a realização desse direito, o que torna o exame bem mais complexo, tanto em virtude da legitimidade do Judiciário para atuar no mérito administrativo quanto pelos infundáveis meios de realizar esses direitos (construção de escolas, aumento dos salários de professores, tempo integral, etc., no caso de proteção do direito à educação). A intervenção estatal será no sentido de completar, densificar e concretizar. Já quanto à fundamentação constitucional, esta deve ser no sentido de justificar a omissão total ou parcial (reserva do possível, falta de previsão orçamentária, etc.), e a consequência jurídica será o dever de realizar, isto é, uma ação positiva.

Se proteger “direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “O que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que, necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito.

Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, “intervir” significa agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: “intervir”, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente.

O último elemento do suporte fático, ligado ao conceito de intervenção, é a sua fundamentação constitucional. A única diferença, aqui, em relação ao que foi exposto no âmbito das liberdades públicas reside no fato de que

o que se tem que fundamentar não é uma ação, mas uma omissão ou, alternativamente, uma ação insuficiente. (Silva, 2009, p. 77)

7 O MODELO DE SUPORTE FÁTICO PROPOSTO: ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO OU MATERIAL, INTERVENÇÃO ESTATAL COM OU SEM FORÇA NORMATIVA E CONTROLE DOS POSTULADOS

As críticas à teoria externa são prudentes, principalmente no que diz respeito à proteção de atos, estados ou bens que ofendem o ordenamento jurídico sistematizado, mas podem ser contornadas na medida em que reduzimos o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, sem que, no entanto, exclua-se a possibilidade de ponderação de bens e colisão entre direitos fundamentais.

Esta operação é uma tarefa metódica, cujas regras não apresentam qualquer modificação substancial relativamente ao procedimento metódico geral de concretização de normas constitucionais. Exs.: (i) perante uma lei eventualmente restritiva da liberdade profissão é necessário delimitar o âmbito de proteção da norma consagradora desta liberdade, e, através deste procedimento delimitador, concluir que os bens protegidos por essa norma abrangem apenas atividades lícitas (mesmo se elas forem económica, social e culturalmente neutras ou irrelevantes), ficando de fora do âmbito de protecção as actividades ilícitas (passador de droga, prostituição contrabandista); [...]. (Canotilho, 2003, p. 1275)

Nesse sentido, segundo nossa proposta, estariam excluídas do *Tatbestand*: (i) o crime, analisado sob a ótica do conceito analítico de crime²⁸; (ii) o ato ilícito²⁹; e (iii) o abuso de direito³⁰.

²⁸ Toledo, 1994, p. 80; e Prado, 1999, p. 135.

²⁹ Art. 186 do novo Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³⁰ Art. 187 do novo Código Civil, *in verbis*: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Ademais, quanto às novas pretensões, ações ou estados, que não estão positivados como direitos fundamentais, mas que, pelo seu conteúdo e importância, assemelhar-se-iam aos direitos fundamentais, merecendo proteção diferenciada (art. 5º, § 2º, da CRFB), é necessário muita cautela, pois uma exclusão apriorística poderá implicar em violação ao um direito fundamental sem que haja o controle argumentativo necessário e, de outro lado, pode abrir espaço para o abuso, o agir sem direito, pois, a partir de uma norma hierarquicamente superior, com núcleo duro protegido pelas cláusulas pétreas, destruir-se-ia o direito ordinário sob a retórica da jusfundamentalidade, colocando a própria democracia em risco.

Destarte, propomos uma divisão do *tatbestand*, mais precisamente entre âmbito de proteção formal e material, bem como intervenção estatal e intervenção estatal sem força normativa. Nessa perspectiva, o primeiro modelo seria aplicável ao catálogo de direitos fundamentais positivados, já o segundo aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

Assim, para que determinados setores, pretensões ou bens da realidade social, não previstos como direitos fundamentais, mas a eles equiparados pela cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da CRFB, possam merecer a proteção jusfundamental, ingressando no bloco de constitucionalidade, deverão submeter-se ao debate prévio destinado ao consenso³¹.

Isto quer dizer que deverá haver intervenção estatal sem força normativa, composta de discussões relevantes sobre direitos humanos e de gênero em entidades estatais ou paraestatais, como: fóruns de debate da sociedade civil, ONGs, partidos políticos, entidades religiosas, audiências públicas nas Assembleias Legislativas, Congresso Nacional, Ministério Público, Defensoria Pública; bem como a nível internacional no âmbito da ONU e demais organizações internacionais/intergovernamentais (declarações, convenções, protocolos). Essas conclusões pressupõem a discussão intersubjetiva anterior à instância judiciária, fornecendo substratos que apontam para a real necessidade de uma proteção diferenciada do que se pleiteia, manifestando-se, por exemplo, em tratados internacionais, protocolos facultativos, instruções normativas e notificações elaboradas pelos órgãos de controle e fiscalização do Estado; compondo o âmbito de proteção material de “novos direitos fundamentais”, evitando o abuso sem violação.

³¹ Essa é a perspectiva de uma teoria do discurso nos moldes propostos por Jurgen Habermas (Habermas, 2003).

Nesse sentido, o produto dessas discussões prévias serviria como indício de fundamentalidade, formando uma espécie de “corpo de delito” jusfundamental, hábil a compor um âmbito material de proteção. A materialidade dessas novas pretensões, ações ou estados, que não estavam positivadas como direitos fundamentais, mas que, pelo seu conteúdo e importância, assemelhar-se-iam a eles, seria aferida pelo produto dessas discussões prévias, evitando o abuso na utilização dos direitos e das garantias fundamentais.

A partir do que foi exposto, é possível concluir que não há identidade entre suporte fático amplo e âmbito de proteção. Isto quer dizer que é possível construir-se um modelo de suporte fático amplo (incluindo-se a intervenção estatal e a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção), partindo-se de um âmbito de proteção delimitado. Esses limites encontram-se no próprio texto constitucional, configurando o âmbito de proteção normativo e no bloco de constitucionalidade, excluindo-se o crime, o ato ilícito e o abuso de direito formando o âmbito material de proteção.

O conceito de fundamentação constitucional é essencial para se compreender o processo de aplicação da norma, porém ainda não foi densificado pela doutrina de modo pragmático, permanecendo muito abstrato e incompatível com os modelos de interpretação constitucional brasileiros.

É possível compreender essa ferramenta fazendo uso dos postulados normativos, ou dos famigerados “métodos de interpretação constitucional” pouco trabalhados na “teoria dos direitos fundamentais” de Robert Alexy. Assim, no controle argumentativo de índole constitucional, podemos utilizar os postulados da proporcionalidade, concordância prática, unidade e interpretação conforme a Constituição, aliados à verificação das regras de competência para a intervenção. Ao analisar a intervenção estatal, o primeiro critério deve ser o da competência para a ação ou omissão interventiva, depois passamos para os postulados observando os bens jurídicos em conflito, a medida da restrição ou da proteção deficiente, os sentidos produzidos pela interpretação da norma, aliados à conexão com os demais preceitos da ordem constitucional, a qual representa uma unidade interna.

Posto isto, preenchido o suporte fático composto por: âmbito de proteção normativo ou material, intervenção estatal com ou sem força normativa e controle dos postulados, deve-se ativar a consequência jurídica, que nos casos da dimensão de defesa será a declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*; já no caso de direitos prestacionais, será a ordem para cessar a

omissão, total ou parcial, determinando a realização, em maior ou menor grau do direito, a depender das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

CONCLUSÃO

Equalizando a relação entre âmbito de proteção e intervenção estatal, chega-se a um modelo mais enxuto, evitando-se a banalização dos direitos fundamentais, a panconstitucionalização, fortalecendo a segurança jurídica, sem olvidar da força normativa da constituição, mantendo-se um regime de proteção diferenciada para aquelas posições jurídicas que realmente merecem tal *status*.

A norma de direito fundamental sempre deve considerar a intervenção estatal em seu âmbito de proteção, a relação é proporcional, pois, quanto maior o âmbito de proteção, maior será a intervenção estatal nesse âmbito. Os direitos fundamentais, pelo seu conteúdo e importância, foram retirados da esfera de disponibilidade do constituinte derivado, sendo garantido o seu núcleo essencial, isto é, a parcela do direito que não pode ser suprimida sob pena de inutilizar o seu exercício; logo, não é qualquer posição jurídica que merece essa proteção diferenciada. Partindo de um âmbito extremamente alargado, qualquer estado ou posição jurídica, *prima facie*, seria garantido por direitos fundamentais, gerando expectativas ilegítimas, enfraquecendo o poder da norma e gerando insegurança jurídica. Ao revés, partindo-se de uma delimitação prévia, no modelo imanentista, corre-se o risco de ignorar o comportamento desviante a ser selecionado, deixando o sistema fechado e impedido de evoluir, implicando em exclusão arbitrária de eventuais direitos subjetivos dos excluídos do poder hegemônico.

Assim, ante tudo o que foi exposto, conclui-se que podemos construir um modelo de suporte fático amplo, que leve em consideração a intervenção estatal e o controle argumentativo dos postulados, admitindo-se a possibilidade de colisões e restrições a direitos fundamentais, com o âmbito de proteção normativo, aquele delineado pelo constituinte originário, restringido ou conformado pelo legislador ordinário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

AVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal/Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAS, Juares. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, v. 1, 2007.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, t. I, 1983.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Org.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

