

# A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO APLICADA AO REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

THE THEORY OF FACTUAL SUPPORT APPLIED TO THE LEGAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988

Mário Lúcio Garcez Calil\*

*Data de recebimento: 18/03/2012*

*Data de aprovação: 15/05/2012*

## RESUMO

A partir da formulação de uma nova hermenêutica constitucional voltada à concretização, novas e mais efetivas formas de efetivação dos direitos fundamentais surgiram. Uma delas é a teoria do suporte fático aplicada aos direitos fundamentais, da qual se conjugam elementos fáticos e jurídicos para a aferição do âmbito de proteção do direito na esfera dos fatos. Uma teoria como essa tem especial valor para a concretização da Constituição Federal de 1988, tendo em vista a consagração expressa existente em seu texto de diversos princípios jurídicos que consagram direitos fundamentais. Assim, é objetivo do presente trabalho estudar, mediante de pesquisa bibliográfica, os conceitos relativos à teoria do suporte fático, bem como sua aplicabilidade ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

## PALAVRAS-CHAVE

Suporte Fático; Direitos Fundamentais; Constituição de 1988.

## ABSTRACT

From the formulation of a new constitutional hermeneutics focused on implementing, new and more effective forms of enforcement of fundamental rights emerged.

---

\* Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG - Ituiutaba. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.  
Email: <mario.calil@yahoo.com.br>.

One is the theory of factual support applied to fundamental rights, through which factual and legal elements are combined for measuring the scope of protection of the right on the facts sphere. Such a theory is particularly valuable for the implementation of the Federal Constitution of 1988, because of the express consecration there is in its text of various juridical principles which enshrine fundamental rights. Thus, the aim of this work is to study, through literature research, the concepts of the theory of factual support, as well as its applicability to the legal regime of fundamental rights of the Constitution of 1988.

**KEYWORDS**

Factual Support; Fundamental Rights; Constitution of 1988.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria geral do direito passou por radicais modificações a partir da segunda metade do Século XX, mudanças que continuam ocorrendo até o presente e se refletiram em diversos aspectos, notadamente na teoria das normas constitucionais, o que resultou na radical modificação do paradigma positivista-exegético de interpretação.

Um dos desafios da nova hermenêutica constitucional é a concretização efetiva dos direitos fundamentais positivados pelas Constituições modernas, tendo em conta que, em regra, referidos direitos são constitucionalizados por meio de princípios, sua abstração se mostra prejudicada no que tange à sua aplicação nos casos concretos.

Referida tarefa se mostra ainda mais necessária no contexto da Constituição de 1988, tendo em vista a existência de um extenso catálogo de direitos fundamentais expressamente consagrados pelo seu texto, por intermédio de princípios, que se encontram em permanente conflito no plano dos fatos.

Nesse sentido, uma das várias teorias que se voltam à concretização lógica e fundamentada dos direitos fundamentais é a do suporte fático, que conjuga elementos jurídicos e fáticos na determinação do âmbito de proteção que uma determinada norma alcança no plano fenomênico, a partir das características do caso concreto.

Dessa forma, o objetivo do texto é estudar os conceitos que envolvem a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, bem como sua aplicabilidade ao regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e de suas especificidades e seus princípios explícitos e implícitos.

Tal estudo se fará por intermédio de pesquisa bibliográfica em obras que tratam especificamente do tema ou de assuntos correlatos, em especial nos escritos de Robert Alexy, Catedrático da Universidade de Kiel, e de Virgílio Afonso da Silva, Professor Titular da Universidade de São Paulo, um dos grandes propagadores da teoria no Brasil.

O presente trabalho se justifica pela evidente revolução paradigmática que ocorreu na teoria do direito, em especial nas últimas décadas, bem como em decorrência da grande aceitação que a fórmula da ponderação formulada por Alexy tem encontrado na doutrina nacional e comparada.

## 2. CONCEITOS INICIAIS ACERCA DO SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, faz-se necessário clarear alguns temas basilares acerca do conceito de suporte fático, em especial no que concerne à aplicabilidade da referida teoria ao regime jurídico dos direitos fundamentais, especificamente em relação à

Constituição Federal de 1988 e suas características.

O suporte fático é um conceito praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro, sendo, porém, utilizado (com diferentes nomenclaturas) no direito penal (*tipo penal*), no direito tributário (*hipótese de incidência* e *fato gerador*), assim como no direito privado<sup>1</sup>.

Todos os casos acima colocados ocorrem a partir da conjunção de elementos de conteúdo jurídico e de elementos fáticos que se enquadram em relação aos jurídicos, resultando na aplicação do preceito ao contexto fenomênico, partindo-se, assim, de um alto grau de abstração para uma concreção silogística que possibilite a subsunção da norma ao fato.

Assim, o suporte fático pode ser dividido em suporte fático abstrato e fático. O suporte fático abstrato compõe-se dos fatos ou atos do mundo descritos por uma norma “[...] e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”<sup>2</sup>.

Já o suporte fático concreto, “[...] é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou. A verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá como ficou claro, da sua configuração em abstrato”<sup>3-4</sup>.

No direito constitucional, referida teoria dita que a forma de aplicação dos direitos fundamentais (subsunção, sopesamento, concretização) depende da extensão do suporte fático, somada às exigências de fundamentação concreta, à possibilidade de restrição e, até mesmo, à existência de colisões entre direitos fundamentais<sup>5</sup>.

Trata-se, assim, de uma fórmula que determina que, caso os requisitos exigidos para a configuração de uma situação jurídica estejam preenchidos, tanto no que tange ao suporte fático abstrato quanto no que concerne ao suporte fático concreto, ela passa a existir no plano concreto, tornando-se exigível.

O suporte fático é composto pelos elementos: *a*) âmbito de proteção (âmbito de bens protegidos por um direito fundamental); *b*) intervenção estatal (a interven-

---

<sup>1</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4, 2006, p. 28.

<sup>2</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 68.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>4</sup> Tendo em vista que a teoria do suporte fático dos direitos fundamentais não é muito difundida no direito brasileiro, serão utilizadas, basicamente, as obras de Robert Alexy e de Virgílio Afonso da Silva.

<sup>5</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 68.

ção na esfera de liberdade protegida do indivíduo); e *c*) a fundamentação constitucional cuja ausência daria ensejo à consequência jurídica do direito fundamental<sup>6, 7-8</sup>

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado de forma ampla, significando que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que possa fazer parte do “âmbito temático do direito fundamental” deve ser considerado como protegido *prima facie*<sup>9</sup>. Em suma:

Deve-se definir, em concreto, quais são, de fato, os bens protegidos e quais não são, sendo que duas respostas são possíveis: ou se inclui qualquer característica que faça parte do “âmbito temático” de determinado direito fundamental; ou é necessária alguma “triagem prévia”, (o que se verificará em suas relações com o âmbito de proteção amplo ou restrito) pela intervenção estatal (que é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo)<sup>10</sup>.

De acordo com Roberto Alexy, a necessidade de incorporação da intervenção estatal ao conceito de suporte fático se demonstra “[...] pelo fato de que a abrangência da proteção *prima facie* depende, em igual medida, da extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção”<sup>11</sup>.

A consequência jurídica de uma norma ocorre quando todas as suas condições são satisfeitas, sendo possível “[...] construir um conceito de suporte fático do direito fundamental que abarque a totalidade das condições para uma consequência jurídica definitiva desse direito”<sup>12</sup>. Desta forma:

---

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*, p. 72/74.

<sup>7</sup> Na teoria de Alexy, apenas os dois elementos compõem o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais. Contudo, Virgílio Afonso da Silva defende a colocação da fundamentação constitucional junto ao conceito de suporte fático: “[...] é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção. Nesses casos, fala-se em *intervenção estatal fundamentada*. Quando isso ocorre, não se está diante de uma violação a um direito fundamental, mas diante de uma *restrição*” (2006, p. 35).

<sup>8</sup> Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se for inconstitucional, pode até ter a natureza de uma intervenção, mas não tem o condão de restringir tal direito. “[...] normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição” (ALEXY, 2008, p. 281).

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4, 2006, p. 25.

<sup>10</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72/74.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 305.

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*, p. 307.

Para que a consequência jurídica definitiva (proteção definitiva) de um direito fundamental ocorra, o suporte fático tem que ser preenchido e a cláusula de restrição, não; para que ela não ocorra é necessário ou que o suporte fático não seja preenchido ou que a cláusula de restrição o seja. Essa simples constatação é a base lógica para dois tipos muito distintos de construções fundamentadoras no âmbito dos direitos fundamentais: a da teoria do suporte fático amplo e a da teoria do suporte fático restrito<sup>13</sup>.

A partir daí, Virgílio Afonso da Silva sintetiza as bases para a aplicação da teoria do suporte fático em relação aos direitos fundamentais que incorpore os três elementos citados acima (âmbito de proteção, intervenção estatal a fundamentação constitucional) por intermédio da seguinte formulação:

Se APx e não-FC(IEx), então CJx. Ou seja: se x é algo garantido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx)), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx)<sup>14</sup>.

Dessa forma, caso uma norma de direito fundamental não seja restringida, no caso concreto, por intermédio de uma ação estatal limitativa que encontre fundamentação constitucional, aquilo que é protegido por tal norma (seu âmbito de proteção) deve ocorrer no mundo dos fatos.

A teoria do suporte fático fornece base segura para a construção de um formato de decisão jurídica sobre os direitos fundamentais que considere os princípios como *mandamentos de otimização*, por levar em conta todos os fatores (juríficos e fáticos) que se deve considerar para que se encontre uma norma aplicável ao caso.

Para se averiguar a possibilidade de aplicação da teoria ao regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, é necessário estudar cada um dos elementos do conceito. Inicialmente, então, deve-se trabalhar a questão das sub-teorias do suporte fático restrito e do suporte fático amplo.

## 2.1. Suporte fático restrito

Uma das teorias a serem estudadas acerca do tema é a do suporte fático restrito. Referida conceituação se refere à “[...] não garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito

<sup>13</sup> Idem, *ibidem*, p. 308.

<sup>14</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 75.

de proteção dessas normas”<sup>15</sup>.

Necessário esclarecer que as teorias relativas ao tema são conservadoras e marcadas pela “[...] impossibilidade de atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade cambiante, tendo em conta que “os conceitos de ‘especificidade’ e de ‘tipicidade’ são definidores [...] do próprio âmbito da norma”<sup>16</sup>.

Aliás, as defesas do suporte fático restrito são geralmente baseadas em exemplos estapafúrdios, que, ao invés de demonstrar sua aplicabilidade e utilidade, tentam apenas demonstrar as conseqüências negativas na tese contrária (suporte fático amplo)<sup>17</sup>. De acordo com Virgílio Afonso da Silva,

Em geral, todos eles costumam ter pelo menos dois pontos em comum (Müller, Zippelius e Rawls): (a) a busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e (b) a rejeição da idéia de colisão entre direitos fundamentais. [...] Toda teoria que se baseia em um suporte fático restrito para aos direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamentar o que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção desses direitos, bem como definir qual é a extensão do conceito de “intervenção estatal” nesse âmbito<sup>18</sup>. (2009, p. 92-94)

A teoria do suporte fático restrito, tendo em vista sua abstração excessiva, bem como sua evidente falta de aplicabilidade, não se demonstra compatível com a concretização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, inclusive em razão da considerável quantidade de princípios explícitos em constante colisão.

Como se verá a seguir, a teoria do suporte fático amplo, por conta das suas características, em especial no que concerne à aceitação das possibilidades de conflitos entre princípios, parece ser a melhor mais efetiva teorização em relação aos direitos fundamentais constantes da Lei Fundamental brasileira.

## 2.2. Suporte fático amplo

Em geral, o suporte fático restrito define o que é definitivamente protegido, enquanto o suporte fático amplo define o que é protegido apenas como um primeiro

---

<sup>15</sup> Idem, *ibidem*, pp. 79-80.

<sup>16</sup> Idem, *ibidem*, p. 96.

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*, p. 97.

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 92-94.

passo, pois a definição das situações abarcadas pelo direito fundamental depende de sopesamento, antes de se decidir por sua proteção definitiva<sup>19</sup>. Assim:

É por isso que a pergunta sobre “o que faz parte do âmbito de proteção de um determinado direito fundamental” tem conseqüências menos drásticas aqui e poderia ser substituída pela pergunta: “O que é protegido *prima facie* por esse direito?”. Essa pergunta deve ser respondida da seguinte forma: toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do “âmbito temático” de um determinado direito fundamental deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis<sup>20</sup>.

No caso dos direitos fundamentais, qualquer juízo somente será correto se resultar de um sopesamento corretamente realizado e se esses juízos “[...] forem fundamentados de forma independente de um sopesamento, sua correção depende de se saber se o resultado poderia também ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado”<sup>21</sup>.

Assim, a necessidade de sopesamento exige uma teoria ampla do suporte fático que inclua, no âmbito de proteção de cada direito fundamental, “[...] tudo aquilo que milite em favor de sua proteção”, pois suporte fático não depende apenas do conceito de “bem protegido”, mas também da extensão do conceito de intervenção<sup>22</sup>.

[...] as exigências que o modelo do suporte fático amplo impõem à argumentação implicam um maior grau de proteção aos direitos fundamentais. A primeira conseqüência de uma modificação no ponto de partida - de suporte restrito para o suporte amplo - é não somente a ampliação, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também uma conseqüente ampliação na extensão do conceito de “intervenção”. [...] Ora, se a proteção for um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou violação inconstitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de “intervenção”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, p. 109.

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 322.

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 323.

<sup>23</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 111-112.



A incorporação das restrições aos direitos fundamentais ao suporte fático provoca a necessidade de aferição de sua constitucionalidade concreta, sendo que tais restrições devem ser analisadas sob o prisma da técnica da proporcionalidade, como forma de reolução dos conflitos entre princípios.

Ao invés de se aplicarem limites imanentes aos direitos fundamentais (abs-tratamente), ampliam-se as possibilidades de proteção de tal direito (proteção *prima facie*), ao menos inicialmente, até que a operação de sopesamento determine, no plano dos fatos, o que é por ele protegido.

Desse modo, o conceito de suporte fático amplo demonstra ser o mais adequado para que se possa utilizar a referida teoria no que toca à concretização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, pois leva em consideração a existência de conflitos constantes entre os diversos princípios constitucionais.

### 3. AS INTERVENÇÕES ESTATAIS COMO LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As intervenções estatais compõem a formulação do suporte fático dos direitos fundamentais, de modo que é necessário analisar qual teoria é a mais adequada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Existem, basicamente, duas teorias acerca de tais restrições: uma teoria interna e uma teoria externa.

#### 3.1. Teoria interna

A teoria interna considera que “[...] os direitos fundamentais, cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição, não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, as quais devem cingir-se e desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto”<sup>24</sup>.

[...] na ausência de norma da Constituição autorizando o legislador, de forma expressa, a restringir os direitos, este poderá apenas explicitar os limites já contidos na norma constitucional. Apenas nos casos em que o texto constitucional prevê a possibilidade de interferência do Poder Legislativo, a atuação deste consistirá em verdadeira e autorizada limitação ao direito fundamental.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

<sup>25</sup> Idem, *ibidem*.

As intervenções estatais limitativas, nesta teoria, não restringem os direitos fundamentais; apenas concretizam e configuram os direitos internamente, na medida em que detalham suas formas de exercício dentro de seu próprio conteúdo constitucional<sup>26</sup> em relação a limites já contidos previamente no ordenamento constitucional. Logo,

[...] a aplicação de um determinado direito fundamental ao caso concreto demanda a averiguação da correspondência entre o conteúdo aparente do direito e seu conteúdo verdadeiro, ou seja, a identidade entre âmbito normativo e suposto de fato. Em assim sendo, o conteúdo aparente equivale ao conteúdo verdadeiro e tem-se um direito definitivo<sup>27</sup>.

A relação entre o direito e a realidade passa, portanto, pelo “filtro” de sua restrição, que não pode ser dele separado. “[...] o direito aparente, desta forma, não é uma posição normativa, mas uma expectativa de uma posição normativa concreta, que corresponde ao direito fundamental de conteúdo verdadeiro”<sup>28</sup>.

Há duas etapas na determinação da “esfera normativa”: *a)* identificar o conteúdo (âmbito de proteção); *b)* determinar limites externos (decorrentes da necessidade de conciliá-los com outros direitos e bens consagrados pela Constituição), tendo em conta as limitações estabelecidas pelo próprio preceito que outorga o direito<sup>29</sup>.

[...] se os direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre da determinação de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes<sup>30</sup>.

“Imanente”, no contexto da teoria interna das limitações aos direitos fun-

---

<sup>26</sup> Idem, *ibidem*, p. 141.

<sup>27</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119.

<sup>28</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>29</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 142-147.

<sup>30</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129.

damentais, “[...] expressa a qualidade do que é intrínseco, natural e indispensável”<sup>31</sup>. Referida teoria implica, então, na rigidez de tais limitações, sendo impossível desvencilhar o próprio direito de sua restrição.

Ao unificar o direito e seus limites imanentes, ignora-se a relação de precedência *prima facie* entre os princípios jurídicos e, por conseguinte, a possibilidade de conflitos entre tais normas, estabelecendo-se relações de precedência imutáveis, o que torna referida teorização inaplicável às Constituições que não admitem hierarquia entre suas normas.

Passa-se a aplicar uma lógica de solução similar àquela aplicável aos conflitos entre regras: a do “tudo ou nada”, de modo que, se uma regra for válida e aplicável a determinado caso, sua consequência jurídica é válida e, então, uma das regras tem que ser declarada invalidada, extirpada do ordenamento<sup>32</sup>.

A teoria interna, que se relaciona à teoria do suporte fático restrito, não admite a existência de conflitos entre normas, não sendo compatível com o regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição, que consagra textualmente vários direitos fundamentais que se encontram em permanente embate, ao contrário do que ocorre em relação à teoria externa.

### 3.2. Teoria externa

Conforme Robert Alexy, somente se admite uma restrição a um direito fundamental se houver, em uma colisão, a atribuição de um peso maior a um dos princípios colidentes no caso concreto<sup>33</sup>. Tal raciocínio, evidentemente, não se coaduna com uma teoria interna dos direitos fundamentais, que admite a existência de limites imanentes, pois:

[...] a diferença entre limites imanentes e restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisão facilmente perceptível e pode ser traduzida pelo binômio declarar/construir. Enquanto nos casos de colisões se constituem novas restrições a direitos fundamentais, quando se trata dos limites imanentes previamente existentes<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 183.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92.

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*, p. 296.

<sup>34</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 132.

Aqui, há duas normas válidas que entram em conflito: uma estatui o direito *prima facie* e a outra estabelece a restrição. Assim, o direito definitivo se extrai após a ponderação, de modo que a teoria externa “[...] é incompatível com a noção de que as normas de direito fundamental estabelecem apenas comandos definitivos (regras)”<sup>35</sup>.

A teoria externa permite maior operacionalidade na atuação dos poderes públicos em relação aos direitos fundamentais no caso concreto, pois “[...] fornece mecanismos mais claros e transparentes para a identificação da legitimidade das restrições, ou seja, da intervenção redutora do âmbito de proteção do direito fundamental”<sup>36</sup>.

Com a teoria externa, que se relaciona à teoria do suporte fático amplo, pode-se identificar o âmbito de garantia do princípio com o que resta da atuação redutora da restrição constitucionalmente fundamentada. Do contrário, qualquer intervenção deixará de ser restrição para configurar violação<sup>37</sup>.

As normas, dessa forma, não trazem restrições intrínsecas, mas, sim, colidem no plano concreto com outras normas, de modo que a teoria externa das restrições, ao admitir o permanente conflito entre princípios, melhor se adapta ao regime jurídico dos direitos fundamentais colocado pela Constituição de 1988.

#### 4. OS LIMITES DOS LIMITES E A QUESTÃO DO CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção ao núcleo essencial foi inicialmente prevista expressamente pela Lei Fundamental alemã, especificamente em seu art. 19, §2º, que assim dita: “Art. 19 [...] (2) em nenhum caso um direito fundamental pode ser atingido em seu conteúdo essencial”<sup>38</sup>.

O princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um dos mais debatidos limites dos limites<sup>39</sup> e se destina a evitar o esvaziamento

---

<sup>35</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151.

<sup>36</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125.

<sup>37</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>38</sup> ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2012.

<sup>39</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 366.

do conteúdo do direito fundamental por restrições descabidas, desproporcionais<sup>40</sup> e, portanto, sem fundamento constitucional.

A garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando a evitar possíveis excessos na regulamentação dos direitos fundamentais<sup>41</sup> e, mesmo não explícita na Constituição de 1988, a proteção ao conteúdo essencial se infere, logicamente da própria rigidez constitucional<sup>42</sup>.

Tendo em conta que um dos elementos componentes do suporte fático dos direitos fundamentais é justamente a restrição constitucionalmente fundamentada, a construção acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é determinante para a aplicação da teoria ao regime de direitos fundamentais da Constituição de 1988.

#### 4.1. Conteúdo essencial absoluto

Na teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma<sup>43</sup>, de forma que o conteúdo essencial do direito é uma esfera de proteção intangível e abstratamente identificável<sup>44</sup>. Trata-se, em suma,

[...] de “um núcleo fixo que não depende de ponderação”, ou seja, o “conteúdo essencial é único e sempre o mesmo”. A teoria absoluta, diversamente da relativa, não adota uma visão relacional e dinâmica do conteúdo essencial, entendendo-a como um reduto estático e incondicional que não pode, sob nenhum fundamento, ser ultrapassado. [...] o direito fundamental pode ser desdobrado em duas partes: uma parte essencial, e, portanto, inviolável, e uma parte não essencial, que pode ser objeto de restrição. Pode-se explicar essa concepção a partir da imagem gráfica de círculos concêntricos. [...] O círculo exterior é composto por faculdades periféricas ou acidentais, que podem ser sacrificadas para salvaguardar outros bens jurídicos, enquanto o círculo interior constitui um núcleo fixo e de contornos precisos, que não pode ser transposto sem que se incorra em inconstitucionalidade<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 243.

<sup>41</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 7.

<sup>42</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 376.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 298.

<sup>44</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 372.

<sup>45</sup> Idem, *ibidem*, pp. 372-373.

Na teoria absoluta, o conteúdo essencial é um núcleo rígido, resistente à ação limitadora do legislador. Desta forma, a proteção do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, por isso, o direito poderia ser lesionado sem a necessidade de afetação de seu núcleo<sup>46</sup>.

Como se demonstra claro, a teoria do conteúdo absoluto relaciona-se, inevitavelmente, à teoria do suporte fático restrito, bem como à teoria interna das limitações aos direitos fundamentais, de forma que, quem subscreve à primeira, subscreve às demais, por uma questão de adequação lógica.

A teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta diversos problemas evidentes. Inicialmente, as estratégias hermenêuticas destinadas a demarcar o perímetro de proteção dos direitos podem resultar em subjetivismos e arbitrariedades<sup>47</sup>.

Estabelecer núcleos essenciais fixos equivale, no âmbito da realidade, à aplicação da lógica do *tudo ou nada* (validade ou invalidade) aos princípios jurídicos que consagram direitos fundamentais, um retrocesso teórico inaceitável, já que a diversidade social não cabe mais na estreita bitola do positivismo jurídico<sup>48</sup>.

A decisão sobre princípios passa, necessariamente, pela técnica da ponderação e, tendo em conta que a teoria do conteúdo essencial absoluto dispensa a utilização da referida técnica, tal tese não se adapta a uma construção adequada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

## 4.2. Conteúdo essencial relativo

A teoria relativa do núcleo essencial propõe que este deve ser encontrado apenas no caso concreto, por intermédio da solução do conflito entre os princípios por intermédio da operação de ponderação, aferindo-se o objetivo perseguido pela norma restritiva<sup>49</sup>.

Aqui, o conteúdo essencial é aquilo que resta após a operação de sopesamento, de modo que as restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não

---

<sup>46</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 14.

<sup>47</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 374.

<sup>48</sup> CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da fazenda pública**. Universitária: revista do curso de mestrado em direito. Araçatuba, v. 8, n. 1, jul. 2008. p. 79.

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 244.

violam o núcleo essencial, mesmo no caso concreto. Assim, a garantia do conteúdo essencial “[...] é reduzida à máxima da proporcionalidade”<sup>50</sup>.

A teoria relativa “[...] não vê a garantia do conteúdo essencial como uma barreira autônoma à atividade legislativa, mas sim como um reforço da exigência de proporcionalidade das restrições”<sup>51</sup>. Relacionando-se à teoria do suporte fático amplo, bem como à teoria dos limites externos aos direitos fundamentais.

Não desempenha qualquer papel material ou substancial, mas puramente processual (“na medida em que o trabalho legislativo é analisado só porque está incidindo num direito constitucionalizado”), argumentativo (“porque a garantia depende mais do discurso utilizado a favor ou contra a norma reguladora do que do conteúdo em si”)<sup>52</sup>.

Na teoria relativa, o que é essencial depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. “Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso”<sup>53</sup>.

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é consequência da aplicação da ponderação. “Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”<sup>54</sup>.

Isso ocorre porque, nessa perspectiva, “[...] a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição”, de modo que “[...] uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por uma restrição intensa”<sup>55</sup>. Há, então, uma necessária correlação entre ponderação e conteúdo essencial.

Caso a proporcionalidade e o conteúdo essencial pudessem ser conceituados de modo distinto, sem qualquer relação, “[...] seria necessário aceitar que restrições a direitos fundamentais, ainda que proporcionais, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial”<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 298.

<sup>51</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 372.

<sup>52</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 14.

<sup>53</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 196.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*, p. 197.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*, p. 198.

<sup>56</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4, 2006, p. 43.

Dessa forma, “Haveria então a necessidade de uma dupla garantia: em primeiro lugar, os direitos em jogo deveriam ser ponderados; mas o resultado dessa ponderação só poderia ser aceitável se respeitar a condição de não-esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos”<sup>57</sup>.

O conteúdo essencial previsto no art. 19, §2º, da Lei Fundamental, “[...] não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restrinhabilidade dos direitos fundamentais. Visto que ela é equivalente a uma parte da proporcionalidade, fornece ela mais uma razão a favor da vigência dessa máxima”<sup>58</sup>.

O sopesamento de normas constitucionais, em sua formulação, pressupõe a primazia de um dos princípios em conflito no caso concreto, porém, sem o aniquilamento do outro, de modo que a otimização depende das condições fáticas e jurídicas concretas, sendo que tais condições advêm da situação concreta.

A teorização dos princípios como *mandados de otimização* pressupõe, realmente, certa rigidez do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não se trata, porém, de uma rigidez estática, mas da garantia de que o princípio que não alcança a precedência estabelecida pela ponderação não será excluído.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ótica neopositivista passou a considerar que os sistemas jurídicos não são apenas compostos por regras, mas, também, por princípios, normas dotadas de grande abstração, anteriores ao próprio direito posto, o que dotou o direito de maior adaptabilidade às exigências da realidade.

A teoria dos princípios confirma a modificação paradigmática sofrida pela teoria geral do direito nas últimas décadas. A separação estrutural entre princípios e regras corrobora a necessária separação entre o direito escrito, certo e estrito, e o direito principiológico, ambos componentes do ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 consagrou vários direitos fundamentais de forma expressa, inegável, por intermédio de princípios jurídicos, o que leva à constatação de que tais normas estão em constantes conflitos, que devem ser resolvidos por intermédio da técnica da ponderação, determinando qual deles precede ao outro no caso concreto.

---

<sup>57</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 199.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 301.



O conceito de suporte fático é praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro, sendo utilizado com diferentes nomenclaturas no direito penal, no direito tributário e no direito privado, a partir da conjunção de elementos jurídicos fáticos, resultando na aplicação do preceito ao contexto fenomênico.

No direito constitucional, referida teoria dita que a concretização dos direitos fundamentais depende da extensão do suporte fático, da fundamentação concreta, da possibilidade de restrição, e da existência de colisões entre direitos fundamentais, devendo-se averiguar a possibilidade de sua aplicação à Constituição Federal de 1988.

O conceito de suporte fático se divide em dois: restrito e amplo. A teoria do suporte fático restrito, por sua abstração excessiva e dificuldades de aplicação, não se demonstra compatível com o regime dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, tendo em vista a grande quantidade de princípios explícitos em colisão.

O conceito de suporte fático amplo demonstra ser o mais adequado no que tange à utilização da referida teoria para a concretização dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, por levar em consideração a existência de conflitos constantes entre os princípios constitucionais.

Sobre as intervenções estatais, existem, basicamente, duas: uma teoria interna e uma teoria externa. A teoria interna, que se relaciona à teoria do suporte fático restrito, não admite a existência de conflitos entre normas. Não é, portanto, compatível com o regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Na teoria externa, relacionada à teoria do suporte fático amplo, identifica-se o âmbito de garantia do princípio como o que resta da atuação redutora da restrição constitucionalmente fundamentada. As normas não trazem restrições intrínsecas, mas colidem com outras normas, sendo, portanto, a teoria que melhor se adapta à Constituição.

Enquanto formulação de “limite aos limites”, a proteção ao núcleo essencial foi inicialmente prevista pela Lei Fundamental alemã, voltada ao controle da atividade do Poder Legislativo, visando a evitar possíveis excessos na regulamentação dos direitos fundamentais. Em relação ao Brasil, pode-se extrair tal formulação do regime jurídico da Constituição.

Referida teoria se divide em duas: absoluta e relativa. A teoria do conteúdo absoluto relaciona-se à teoria do suporte fático restrito, e à teoria interna das limitações aos direitos fundamentais e, tendo em conta que dispensa a utilização da técnica da ponderação, não se demonstra uma construção adequada à Constituição Federal de 1988.

A condição dos princípios de *mandados de otimização* pressupõe não uma rigidez estática do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas a garantia de que o princípio que não alcança a precedência estabelecida pela ponderação não será

excluído. Logo, a teoria mais adequada ao regime jurídico da Constituição de 1988 é a do núcleo essencial relativo.

Dessa forma, após as especificações feitas anteriormente, mostra-se possível concluir que a teoria do suporte fático, conjugada com a teoria da limitação dos direitos fundamentais, bem como com a teoria do conteúdo essencial, pode ser utilizada em relação ao regime jurídico dos direitos fundamentais como uma formulação voltada à segura concretização das normas que os consagram.

---

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. 1949. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz\\_pt.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2012.

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

CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da fazenda pública. *Universitária: revista do curso de mestrado em direito*. Araçatuba, v. 8, n. 1, jul. 2008, p. 74-105.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. v. 164. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 7-15.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. v. 4, 2006, p. 23-51.