

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito

DENNY MENDES SANTIAGO

AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial destes direitos

Belo Horizonte
2012

DENNY MENDES SANTIAGO

AS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
***os limites dos limites* como instrumento de proteção a estes direitos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Iara Menezes Lima.

Belo Horizonte

2012

Santiago, Denny Mendes
S162d As limitações aos direitos fundamentais: os *limites dos limites*
como instrumento de proteção ao núcleo essencial destes direitos. / Denny
Mendes Santiago. – 2012.

Orientadora: Iara Menezes Lima
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.
Inclui bibliografia

(Direito)
1. Direito constitucional – Teses 2. Direitos fundamentais
3. Direito 4. Núcleo essencial (Direito) – Filosofia
5. Direitos – Brasil 6. Garantias fundamentais – História
7. História I. Título

CDU: 347.121.1
342.7

Denny Mendes Santiago

As limitações aos direitos fundamentais:

***os limites dos limites* como instrumento de proteção ao núcleo essencial destes direitos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Iara Menezes Lima (Orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Data da aprovação:

Belo Horizonte
2012

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil se insere no paradigma do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, em decorrência disso, ocupam agora uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, sendo considerados atualmente como centrais no sistema constitucional. Devido a esse novo papel de destaque, os direitos fundamentais passam a exigir um estudo mais atento por parte não só dos estudiosos como também por parte dos membros dos órgãos responsáveis por sua concretização. A hermenêutica constitucional passa a se preocupar com a dinâmica desses direitos, de forma a dar-lhes a maior eficácia possível e a impedir quaisquer formas de desvirtuamento no conteúdo dos mesmos. Para que a hermenêutica constitucional desempenhe tal função ao mesmo tempo protetiva e otimizadora dos direitos fundamentais, é preciso que haja uma atenção especial a um tema sensível a eles: as limitações ao seu conteúdo. Como é impossível conceber que os direitos fundamentais sejam absolutos e ilimitados, em decorrência dos diversos interesses fático-jurídicos conflitantes, saber como se dá o processo de limitação a que estes direitos estão submetidos é tarefa de suma importância para garantir que os mesmos não sejam amesquinçados em face de casuísmos e contingências. A atividade de limitação aos direitos fundamentais deve se dar de forma a que não sejam deturpados ou diminuídos. Para compreender como se dá o processo de limitação aos direitos fundamentais, bem como com vistas à identificação dos contornos a que tais limitações devem se submeter, o presente trabalho visa apresentar as teorias que dão suporte e legitimação para que os direitos fundamentais sejam delimitados com base em fundamentos justificados constitucionalmente. A hermenêutica constitucional deve estabelecer critérios para a atividade de limitação às normas jusfundamentais e um desses critérios consiste na garantia de que elas, quando eventualmente sofrerem limitações, preservem o seu conteúdo essencial. Existem, pois, limites à própria atividade de limitação dos mencionados direitos, como prescreve a ideia dos *limites dos limites*. O presente estudo visa identificar quais são esses limites à atividade de limitação aos direitos fundamentais, bem como entender no que consiste um núcleo essencial jusfundamental apto a instrumentalizar a garantia dos *limites dos limites*.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Núcleo essencial. *Limites dos limites*.

ABSTRACT

The promulgation of the Constitution of 1988 inserted Brazil into the Democratic Rule-of-Law State paradigm. Thenceforth, fundamental rights play an important role in the legal structure as central norms in the constitutional system. Due to this new function, a closer study of this subject is required not only by scholars but also by decision makers responsible for their implementation. Therefore, Constitutional law hermeneutics has inaugurated an effort of understanding the dynamics of these rights in order to make them as effective as possible and to prevent any form of distortion in their content. Nonetheless, Constitutional hermeneutics can only perform the function of optimizing and protecting fundamental rights if the theme of limiting fundamental rights is duly understood by legal science. Since it is not possible to interpret fundamental rights as being absolute and unlimited, due to social and economic interests involved, understanding how the process of limiting these rights functions is a task of major importance in order to ensure that they are not endangered by contingencies and casuistry. Thus, the activity of limiting fundamental rights must be developed in a way they are not perverted or diminished. This present dissertation will analyze theories that support and legitimate the notion that fundamental rights can be limited under constitutionally justified grounds, in order to understand how the process of limiting fundamental rights works legally, so that the outlines of this process can be identified. Constitutional hermeneutics ought to establish criteria for the activity of limiting fundamental rights; one of these criteria is the assurance that these rights have their essential content preserved when limited. Hence, limits are necessary to the activity of limiting rights, as described by German jurists in the *Schranken-Schranken* theory. The present work aims to identify what are these limits to the limiting activity to fundamental rights, to identify juristic fundaments that can instrumentalize the *limits to limiting* theory.

Key-words: Fundamental rights. Essential core. *Schranken-Schranken*

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 TEORIA INTERNA..... | 14 |
| 2.1 Origem da discussão..... | 16 |
| 2.2 Os limites imanentes..... | 17 |
| 2.3 Direitos fundamentais <i>prima facie</i> e direitos fundamentais definitivos: a teoria interna como uma teoria dos direitos definitivos..... | 19 |
| 2.4 Limites e restrições: utilização destes conceitos na perspectiva da teoria interna..... | 27 |
| 2.5 Origem da delimitação do conteúdo dos direitos: externa ou interna?..... | 30 |
| 3 TEORIA EXTERNA..... | 35 |
| 3.1 A teoria interna <i>versus</i> teoria externa – comunitarismo <i>versus</i> liberalismo..... | 38 |
| 3.2 A teoria dos princípios de Robert Alexy..... | 44 |
| 3.2.1 As normas jurídicas: regras e princípios..... | 44 |
| 3.2.2 A máxima da proporcionalidade..... | 52 |
| 3.3.3 Teoria dos <i>princípios</i> : uma teoria dos <i>valores</i> ?..... | 53 |
| 3.3.4 As restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios..... | 55 |
| 4 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 58 |
| 4.1 Conceituação de suporte fático..... | 63 |
| 4.1.1 O suporte fático dos direitos fundamentais na visão de J.J. Gomes Canotilho..... | 64 |
| 4.1.2 Âmbito de proteção e suporte fático dos direitos fundamentais..... | 66 |
| 4.2 Suporte fático restrito dos direitos fundamentais..... | 70 |
| 4.3 Suporte fático amplo dos direitos fundamentais..... | 78 |
| 5 A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER..... | 83 |
| 5.1 Influência da tópica..... | 84 |
| 5.2 Crítica à tentativa de busca por uma pureza objetiva da norma e às concepções tradicionais acerca desta..... | 88 |
| 5.3 Análise jurisprudencial sobre decisões da Corte Constitucional alemã..... | 93 |
| 5.4 A originalidade da proposta de Müller..... | 95 |

| | |
|---|-----|
| 5.5 A teoria da norma de Friedrich Müller como uma teoria interna e restritiva do suporte fático dos direitos fundamentais..... | 100 |
|---|-----|

6 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: os *limites dos limites* como instrumento garantidor de seu conteúdo.....105

| | |
|---|-----|
| 6.1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais: dimensões objetiva e subjetiva..... | 106 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 6.2 A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais..... | 111 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| 6.2.1 A proteção aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro..... | 111 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| 6.2.2 - Os <i>limites dos limites</i> | 119 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 6.2.2.1 As concepções relativas e absolutas acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais..... | 124 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 6.3 A teoria dos princípios de Robert Alexy e a teoria da norma de Friedrich Müller: uma tentativa de conciliação com vistas à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais..... | 134 |
|---|-----|

| | |
|-------------------------|------------|
| 7 CONCLUSÃO..... | 142 |
|-------------------------|------------|

| | |
|-------------------------|------------|
| REFERÊNCIAS..... | 145 |
|-------------------------|------------|

1 INTRODUÇÃO

Fala-se muito atualmente acerca dos direitos fundamentais e seus instrumentos de proteção. Tais instrumentos, contudo, bem como a abrangência do que sejam os direitos fundamentais, têm variado muito no decorrer do tempo. Esta função protetora e reveladora da extensão e limitação dos direitos fundamentais só pode ser feita por meio de uma hermenêutica constitucional que assegure a máxima efetivação deles. A nova hermenêutica constitucional tem se focado, pois, na preocupação em garantir ao máximo a otimização destes direitos em face de outros com os quais possam colidir.

Aos direitos fundamentais, por estarem em uma posição de relevância em face dos outros direitos, deve-se ater com mais cuidado a hermenêutica constitucional, tendo-se em vista a importância deles no sistema jurídico pátrio, sendo que qualquer tentativa de limitação ao conteúdo desses direitos deve ser vista com cautela.

Mencionadas limitações a direitos fundamentais podem ser feitas pelo legislador, ao criar uma lei que retire total ou parcialmente a eficácia do direito fundamental; pelo julgador, ao aplicar ao caso concreto uma decisão que desconsidere a proteção instituída por tal direito; ou mesmo pelo administrador, o qual pode veicular atos administrativos que infrinjam o conteúdo da norma (conduta comissiva) ou não regulamentá-la (conduta omissiva), deixando assim de dar concretude ao direito fundamental. Disso decorre a necessidade premente que devem ter os estudiosos do direito, em especial os intérpretes das normas legais, quanto ao estudo de uma hermenêutica que vise conciliar a aplicabilidade das normas com a garantia mínima instituída pelos princípios constitucionais.

É evidente que os direitos fundamentais, muitas vezes, podem sofrer limitações. Isso se dá mormente quando, em face de colisão com outros princípios de igual importância, um deles deva prevalecer, diante de um caso concreto, mediante a ponderação de interesses a ser feita pelo intérprete. O ideal é que, nesta colisão, o direito fundamental a ser sobrepujado por outro não perca o seu núcleo substancial protetivo, sob pena de afrontar-se o sistema garantista constitucional.

O problema do limite ao qual o hermeneuta está cingido, quando da tarefa que realiza por meio da ponderação de interesses, no caso de colisão entre princípios, é uma questão de suma importância, tendo-se em vista o sistema

constitucional protetivo dos direitos fundamentais adotado pelo Brasil após a edição da Constituição de 1988, sistema este que não permite a supressão de quaisquer destes direitos. Por isso, a norma principiológica que deverá prevalecer no caso concreto, na hipótese de colisão a ser solucionada pelo intérprete por meio da ponderação de interesses, não poderá aniquilar de tal forma a norma com a qual colida de forma a retirar-lhe o núcleo essencial, isso porque ferir-se-ia, desta maneira, a garantia protetiva dada pelo constituinte a todo direito fundamental.

Esse núcleo essencial da garantia fundamental, também chamado de núcleo mínimo, é o espaço da norma sobre o qual não poderá haver qualquer limitação, ou seja, é a parte intangível que uma garantia fundamental deve preservar, intangibilidade esta que pode ser oposta ao hermeneuta, no caso da atividade de ponderação de interesses que solucionará a colisão entre um ou mais princípios, e ao legislador, no caso de criação de uma norma tendente a violar tal núcleo mínimo.

Um dos objetivos do presente estudo, pois, consiste em analisar o limite ao qual deve o intérprete se ater para que, quando da ponderação de interesses que realizará diante da colisão entre um direito fundamental e outro com o qual colida, não haja um desvirtuamento ou, mesmo, aniquilação do direito a ser preterido em face da atividade do sopesamento entre os princípios colidentes, de forma a não se afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Outra preocupação deste estudo é saber qual critério servirá de parâmetro hermenêutico para se estabelecer o método a que deverá se circunscrever a ponderação de interesses utilizada na busca pela solução de conflitos normativos, de maneira que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seja respeitado. Até que ponto, pois, os direitos fundamentais poderão ser restringidos pelo intérprete no caso da técnica da ponderação de interesses? O que servirá de fundamento para mencionada limitação da atividade hermenêutica, impondo a esta uma restrição visando salvaguardar o núcleo essencial normativo dos direitos fundamentais?

As Constituições de Portugal e Alemanha, ao contrário da brasileira, trazem uma técnica, em forma de postulado normativo. Tal postulado normativo é assim expresso no Texto Constitucional de Portugal:

Artigo 18 – Força Jurídica

[...]

3 - As leis restritivas de direito, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A Lei Fundamental da Alemanha também possui dispositivo semelhante, com vistas a assegurar a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Segundo o artigo 19, 2, da Constituição da Alemanha: “Em caso algum pode o direito fundamental ser afetado em seu conteúdo essencial.”

Os dispositivos transcritos *supra* apresentam um parâmetro que visa estabelecer um limite à restrição dos preceitos constitucionais de forma a preservar o núcleo essencial. A ideia contida nos dispositivos das Constituições de Portugal e da Alemanha traduz a noção de *limites dos limites* (como denomina a doutrina alemã, *Schranken-Schranken*), teoria esta que visa assegurar a norma constitucional concernente a garantias fundamentais contra restrições que possam ofender ou descaracterizar seu núcleo essencial mínimo protetivo.

A utilidade dos *limites dos limites* quando da ponderação de interesses em casos que envolvam os direitos fundamentais assume extrema relevância na solução de *hard cases*, na medida em que a solução de qualquer hipótese de colisão de princípios deverá ter como parâmetro a preservação do núcleo essencial mínimo da garantia fundamental.

A teoria dos *limites dos limites* se revela muito útil na tarefa a ser realizada pelo hermenauta quando da ponderação de interesses. Porém, tal teoria, no Brasil, permanece apenas como possibilidade interpretativa não vinculante, na medida em que a Constituição brasileira de 1988 não reproduziu em seu corpo um postulado normativo semelhante ao presente nas Constituições de Portugal e Alemanha. O presente estudo, por tal motivo, pretende analisar a idoneidade da teoria *Schranken der Schranken* (limites dos limites) como instrumento hermenêutico não só útil, como também necessário no Brasil, tendo-se em vista a importância dos direitos fundamentais e a posição que estes direitos ocupam no sistema constitucional pátrio.

Discute-se, nesta pesquisa, até que ponto o hermenauta estaria limitado em sua atividade de ponderação de interesses a ser realizada em casos de colisão entre um princípio garantidor de um direito fundamental em face de outros direitos e garantias fundamentais. Para isso, far-se-á necessário estabelecer um critério

seguro acerca do que é o núcleo essencial mínimo da norma jusfundamental enquanto absoluto ou relativo, bem como verificar se a teoria dos *limites dos limites* está apta a assegurar a conservação deste núcleo.

Considerando-se a posição ocupada pelos princípios constitucionais definidores dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988, bem como levando-se em conta a premente necessidade de proteger o núcleo mínimo essencial destes direitos, vê-se que há a necessidade de que a hermenêutica constitucional praticada no Brasil adote o critério da teoria dos *limites dos limites* como instrumento auxiliar de interpretação, ao lado da técnica de ponderação de interesses, de maneira a garantir o núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais.

A metodologia deste trabalho consistirá, primeiramente, em uma revisão de literatura acerca das teorias sobre as limitações aos direitos fundamentais. O foco, após isso, irá se centrar na identificação da extensão da ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais, isso porque há muita polêmica doutrinária quanto à definição do que seja o núcleo essencial (possuiria caráter relativo ou absoluto?). A importância em identificar-se a extensão do núcleo essencial dos direitos fundamentais se mostra presente, na medida em que é balizado no entendimento acerca do caráter deste núcleo que se demarcará uma hermenêutica segura para a concretização dos direitos fundamentais.

2 TEORIA INTERNA

A doutrina é divergente quando se trata do fundamento da limitação ou restrição aos direitos fundamentais: se decorrente do próprio direito, ou seja, se já há intrinsecamente nele todas as possibilidades de restrições ao seu conteúdo, não sendo necessária uma divisão em duas etapas (direitos *prima facie* e direitos definitivos), como pretende Alexy, ou se, diversamente, tais restrições são definidas pelo intérprete, *a posteriori*, recorrendo-se ao cotejo entre o direito fundamental a ser limitado no caso concreto e fatores a ele externos, fatores estes derivados seja de outro direito fundamental, seja do sistema constitucional e jurídico como um todo (tomando-se por base o princípio da unidade da constituição), seja por elementos extrajurídicos próprios da realidade social.

O problema da querela entre os defensores da teoria interna e os da teoria externa consiste, basicamente, em saber se o direito fundamental nasce com seu conteúdo já previamente definido, cabendo ao intérprete, ao aplicador ou ao criador (o legislador¹) do direito uma tarefa meramente declaratória ou se, ao contrário, o direito fundamental, em princípio, não apresenta limitações próprias, sendo necessária a recorrência a fatores externos e à atividade de ponderação de interesses para que se possa delimitar o que é ou não uma restrição juridicamente válida.²

Para os partidários da teoria interna, o ato de separar o que é ou não uma restrição juridicamente válida seria apenas uma atividade de declarar o que já está

¹ Cabe lembrar que, para Kelsen, o juiz, em sua atividade decisória, na última etapa do processo de *infra* e *supraordenação*, também realiza uma tarefa criativa, pois cria o direito para o caso concreto, direito este que servirá como lei geral do caso concreto. Ao juiz, pois, caberia também uma tarefa criativa, à semelhança do legislador, com a diferença que enquanto este, em sua atividade legisferante, cria a lei geral e abstrata com base também em um critério de infraordenação submetido ao texto constitucional, o juiz exerce atividade de criação, também sob um critério de infraordenação, só que agora em face de um caso concreto. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.

² Assim explana Gilmar Mendes sobre a diferença entre as teorias interna e externa: “Se direito individual e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado (*eingeschränktes Recht*).

Essa teoria, chamada de teoria externa (*Aussentheorie*), admite que entre a idéia de direito individual e a idéia de restrição inexistente uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos.

A essa concepção contrapõe-se a chamada teoria interna (*Innentheorie*), para a qual não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo. A idéia de restrição (*Schranke*) é substituída pela de limite (*Grenze*). Tal como todas restrições que lhe devem ser impostas, mas diz respeito ao próprio conteúdo do direito.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*, p. 379.

implícito no próprio direito, não sendo necessário recorrer a elementos externos a este direito. Todo direito fundamental já tem, na leitura da teoria interna, seu conteúdo definido quando de sua criação. Quaisquer restrições a ele impostas não encontrariam fundamento em fatores externos, na medida em que tais restrições já estão na definição mesma do conteúdo do direito fundamental *in specie*. Daí falar-se que definir o que é ou não uma limitação válida ao direito fundamental é um ato meramente declaratório, pois a atividade do intérprete consistiria na mera declaração daquilo que já está no próprio direito. Fatores que poderiam servir como justificadores da limitação, a exemplo da ponderação, como pretendem os alexyanos,³ são excluídos, já que a delimitação do conteúdo do direito fundamental existe imanentemente neste mesmo direito, não sendo necessário, ou mesmo viável, o seu cotejo com outro direito fundamental para estabelecer-se esta limitação.

No contexto da teoria interna, fala-se que a delimitação do conteúdo do direito fundamental é realizada mediante a busca de contornos estabelecidos e dados pelo próprio direito.⁴ Para Felipe de Paula:

A ideia básica [...] reside na percepção de que há limites não escritos inerentes aos próprios direitos, vigentes desde o início de sua existência e que, com o perdão da repetição, limitam ou delimitam de maneira apriorística seus âmbitos de proteção – suportes fáticos –, resultando na exclusão imediata de determinadas hipóteses fáticas e diferenciando-se, portanto, do pensamento baseado na figura da restrição.⁵

³Jane Pereira identifica essa crítica que os defensores da teoria interna fazem à ponderação de interesses em face de colisões entre direitos como o meio de se chegar às limitações aos direitos fundamentais. Para a autora: “Em coerência com essas noções, os diversos aportes doutrinários que defendem a teoria interna contêm, de um modo geral, uma severa crítica à ponderação de interesses como método de interpretação constitucional, sustentando a impossibilidade lógica de autênticos conflitos entre direitos fundamentais ou entre estes e outros bens constitucionais.” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 134-144.

⁴ Virgílio Afonso da Silva é claro, nesta passagem, ao resumir os pressupostos da teoria interna: “Se fosse necessário resumir a idéia central da chamada teoria interna, poder-se-ia recorrer à máxima freqüentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual ‘o direito cessa onde o abuso começa’. Com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna – e daí seu nome –, que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanentes. Assim, de acordo com a teoria interna, ‘existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes’. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por processo externos, sobretudo não por colisões com outros direitos”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. p. 128.

⁵ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 75-76.

2.1 Origem da discussão

O que está aqui se discutindo acerca do fundamento das restrições aos direitos fundamentais é tema antigo, tendo sido iniciado com os civilistas franceses no século XIX. Saber, pois, se o conteúdo de um direito já existe *a priori*, nele mesmo, ou se é necessária, para se chegar a esse conteúdo, uma tarefa interpretativa de busca da justificação da restrição em face do caso concreto mediante a comparação com elementos externos ao dado direito se iniciou não com os constitucionalistas, mas com a doutrina civilística, principalmente a partir da codificação do Código de Napoleão, em 1804. Atualmente, a discussão encontra mais espaço na hermenêutica constitucional, devido à relevância que os direitos fundamentais possuem nos atuais ordenamentos jurídicos erigidos sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual tais direitos servem como base para todas as demais normas, tendo-se em vista a força irradiante dos mesmos.⁶ Quanto ao tema, assim explana Felipe de Paula:

Sua presença no debate inerente ao direito civil é antiga, remontando a conflitos, por exemplo, em França, entre M. Planiol e G. Ripert de um lado e L. Josserrand de outro, e suas raízes filosóficas podem remontar, inclusive, aos primórdios contratualistas e kantianos de percepção dos limites das liberdades.⁷

⁶ Para Vieira de Andrade, “não se pode dizer que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força de lei ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado, porque a Constituição vincula positivamente o legislador e uma lei não terá valor jurídico se atentar contra a norma constitucional que consagra um direito. [...] Estes efeitos derogatório (anulatório) e interpretativo garantem já um certo grau de efectividade aos preceitos constitucionais, pelo menos sempre que haja legislação sobre a matéria”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, p. 255-256. Quanto à força que os direitos fundamentais possuem, em um estado democrático de direito, sobre os demais direitos e sobre a própria atividade legislativa, com força vinculativa, assim explana Canotilho: “A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a ideia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais. De imediato, e de acordo com a concepção liberal de direitos fundamentais como direitos de defesa perante os poderes, a actualidade vinculante significa a indisponibilidade (pelo menos no seu cerne essencial) destes direitos pelo legislador e pela possibilidade de invocação dos mesmos contra as próprias entidades legiferantes.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 363.

⁷ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 69-70.

2.2 Os limites imanentes

Seguindo os pressupostos teóricos da teoria interna, fala-se que a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais é imanente ao próprio direito.⁸ Daí, para parte da doutrina, a teoria interna seria a teoria dos *limites imanentes*, com ela até mesmo se confundindo. Na definição léxica dos dicionários, a expressão imanente significa:

- 1- Que existe sempre em um objeto e inseparável dele.
- 2- Que está contido em ou que provém de um ou mais seres, independente de ação exterior.⁹

Pela definição da palavra imanente, vemos que ela é perfeitamente aplicável para descrever a forma pela qual são definidos os limites ao conteúdo do direito e a conseqüente abrangência deste em face das diferentes situações fático-jurídicas. Pela primeira conceituação do termo, vemos que *imanente* é algo que existe sempre em dado objeto e é inseparável do mesmo. Para a delimitação conteudística do direito fundamental, de acordo com a teoria interna, tal direito já traz em seu bojo todas as hipóteses de limitações.¹⁰

Para se saber o alcance normativo de uma determinada norma jusfundamental, segundo os defensores dos limites imanentes, é preciso recorrer-se apenas ao conteúdo desta norma, pois é sua própria normatividade que irá definir sua abrangência e, por conseguinte, seus limites, não sendo necessário recorrer-se a fatores externos a ela para se estabelecer sua extensão normativa. É o que diz a segunda definição do termo, a qual dita que *imanente* é aquilo que está contido na definição do ser, independentemente de ação exterior.

⁸ A expressão *limites imanentes*, apesar de estar intimamente ligada aos pressupostos da teoria interna, é utilizada, porém, por autores que não se filiam totalmente a esta. Vieira de Andrade, por exemplo, considera que as delimitações dos direitos fundamentais podem se dar por fatores internos a eles, mas também podem ser externos. O autor elenca três hipóteses pelas quais uma norma jusfundamental pode ser limitada: os limites imanentes, as colisões ou conflitos de direito e as intervenções legislativas. Só nas duas primeiras hipóteses haveria delimitações internas, sendo que na outra tais delimitações se dariam por fatores externos à norma de direito fundamental. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 213-247.

⁹ FERREIRA, Sérgio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*, p. 918.

¹⁰ Para Calil de Freitas: “os limites imanentes – sobre isso há consenso – são aqueles que, desde sempre, desde dentro, os direitos fundamentais possuem, no sentido de que não sejam, vai de regra, apostos de seu exterior. Afirmar que os direitos fundamentais têm limites imanentes importa dizer que tanto do ponto de vista material, quanto do estritamente jurídico, as normas constitucionais jusfundamentais ao estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras.” FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 83.

Calil de Freitas, na esteira da proposta de Jorge Novais, apresenta os principais pilares teóricos que servem de argumentos das doutrinas que corroboram os limites imanentes.¹¹ Um dos principais argumentos utilizados pelos defensores dos limites imanentes reside no que a doutrina denominou de *cláusula de comunidade*. Segundo, tal ideia, os direitos fundamentais seriam limitados *a priori* por mandamentos implícitos que decorreriam de exigências sociais básicas de manutenção da harmonia social, sem as quais não seria possível a existência de uma sociedade viável. Estas *normas de convivência*, não necessariamente positivadas em normas jurídicas, serviriam para limitar de antemão o alcance dos direitos fundamentais, consistindo, pois, em verdadeiros limites imanentes a estes direitos. Jorge Novais apresenta como principal defeito de tal doutrina a sua insegurança jurídica, na medida em que concentra em normas infraconstitucionais e em valores não positivados a possibilidade de limitação de direitos fundamentais, os quais são normas constitucionais de hierarquia superior. Tal *cláusula de comunidade*, também, poderia ofender a garantia da separação dos poderes, na medida em que deixa ao julgador e ao administrador a tarefa de identificar tais cláusulas, retirando do legislador a sua competência típica para definir as cláusulas legais de restrição às normas jusfundamentais.¹²

Outro argumento de força, muito utilizado pelos defensores dos limites imanentes, consiste em argumentar que todos os direitos fundamentais possuem o limite do respeito ao direito dos demais. Mesmo não havendo previsão expressa, um direito de um indivíduo, mesmo não sendo limitado expressamente por normas restritivas positivadas, encontrará uma limitação imanente que corresponde aos respectivos direitos dos outros agentes sociais. Só posso exercer plenamente meus direitos na medida em que estes não interfiram na esfera dos direitos de outrem. Isso, como afirma Jorge Reis Novais, é inerente à própria ideia de direito e funciona como um limite imanente inquebrantável, não necessitando ser positivado como norma restritiva para encontrar força dentro do sistema.¹³ Calil de Freitas¹⁴ ilustra tal ideia de limites imanentes derivados do respeito aos direitos dos outros membros da sociedade citando o art. 4º da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, o

¹¹ Ver FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 83 e NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 445 e ss.

¹² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op.cit.*, p. 447.

¹³ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op.cit.*, p. 455-456.

¹⁴ FREITAS, Jorge Fernando Calil de. *Op.cit.*, p. 90.

qual dispõe: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não têm por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.”¹⁵ Um problema que surge na defesa dos limites imanentes com base nesse fundamento reside na impossibilidade de chegar-se a um resultado prático de se saber onde se situa a zona de interseção entre o direito fundamental agressor e direito fundamental agredido, como reconhece o próprio autor português Jorge Novais, em sua extensa monografia acerca das restrições aos direitos fundamentais.¹⁶ Definir de antemão critérios seguros que delimitem onde começa o direito fundamental de um indivíduo e onde termina o de outro, de forma a que o daquele não interfira ilicitamente na esfera deste, só é possível por meio do recurso à técnica da ponderação de interesses e do sopesamento, o que acaba por desembocar na teoria externa (a qual veremos no capítulo seguinte), deslegitimando o argumento basilar da teoria dos limites imanentes (própria da teoria interna). Só é viável, pois, identificar-se qual o direito agressor e qual o direito agredido quando da colisão destes em face do caso concreto, hipótese em que se impõe a técnica da ponderação de interesses, caindo por terra, por conseguinte, a defesa dos limites imanentes sustentados com base na delimitação apriorística do direito fundamental com base no respeito aos direitos dos demais indivíduos.

Um terceiro argumento utilizado para balizar a teoria dos limites imanentes consiste na defesa de que as leis gerais funcionariam como delimitações apriorísticas ao conteúdo dos direitos fundamentais.

2.3 Direitos fundamentais *prima facie* e direitos fundamentais definitivos: a teoria interna como uma teoria dos direitos definitivos

Sob o enfoque da teoria interna, não há que se falar em colisão entre direitos.¹⁷ Afirma-se isso porque, se os limites e as restrições são inerentes ao

¹⁵ *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789).

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 455-456.

¹⁷ O autor alemão Peter Häberle, apesar de ser adepto da teoria interna, entendendo que os direitos fundamentais já nascem com seu conteúdo pré-determinado, de forma imanente a ele, aceita, porém, de maneira para alguns contraditória, que a ponderação de interesses decorrente das colisões entre

próprio direito fundamental em espécie, não havendo interferências externas sobre esses direitos, a colisão com outras normas jusfundamentais constitucionais deixa de existir. Para a teoria interna, em negação à perspectiva alexyana, não se poderá falar em colisão de direitos fundamentais, na medida em que o processo de ponderação deixa de existir, valendo a sistemática não da otimização, mas do *tudo ou nada*.¹⁸ Todo direito fundamental, sob uma perspectiva da teoria interna (e adotando-se a classificação de Alexy que distingue as normas em regras e princípios)¹⁹, seria uma *regra jurídica*, não podendo se enquadrar na classificação de *princípios jurídicos*. Quanto a isso, cola-se o ensinamento de Virgílio Afonso da Silva:

[...] de acordo com a teoria interna, existe apenas um objeto, o direito e seus limites iminentes. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.

Se isso é assim – ou seja, se a definição do conteúdo e da extensão de cada direito não depende de fatores externos e, sobretudo, não sofre influência de possíveis colisões posteriores –, a conclusão a que se pode chegar, em termos de estrutura normativa, é que direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras.²⁰

os direitos fundamentais é instrumento apto a delimitar o conteúdo dos mesmos. Cf. HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, p. 33-40.

¹⁸ Para o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada*. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 39. Para as críticas a esta classificação de Ronald Dworkin, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

¹⁹ Para Robert Alexy, as normas jurídicas seriam gêneros dos quais haveria duas espécies (ou divisões): as regras jurídicas e os princípios jurídicos. As regras jurídicas, quando em confronto, haveria o conflito que se resolveria pela sistemática do *tudo ou nada*, isso porque ou a regra é válida para um determinado caso concreto ou não é. No conflito de regras, em escolhendo-se uma (a válida) para regular determinada situação, a preterida será tida como inválida e deverá ser afastada do ordenamento jurídico. Às regras, ou há a aplicação em sua totalidade ou há sua exclusão por invalidade. Os princípios jurídicos, por sua vez, haveria um mandamento de otimização quando da colisão (nota-se que não se fala mais em conflito, como é o caso em se tratando das regras jurídicas, mas em colisão) entre um e outro, sendo que far-se-á necessário, para se chegar à solução do caso concreto, uma ponderação entre tais princípios colidentes de modo a se aproveitar o máximo da eficácia de cada um. Um princípio deve ser aplicado na máxima medida possível de modo que aquele a ser preterido para a solução de determinado caso concreto não perderá sua validade e deverá ser aproveitado ao máximo. Para os princípios, pois, não vale a máxima do *tudo ou nada*, mas sim, a da otimização, de modo a se aproveitar ao máximo a eficácia de todos eles, mesmo no caso em que um deles deva ceder em face de outro princípio quando da solução de uma situação determinada, hipótese em que não será afastado de todo. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

²⁰ Silva, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 128-129.

Tomando a separação que Alexy estabelece entre direitos *prima facie* e direitos definitivos, na concepção da teoria interna não há que se fazer também qualquer distinção entre estas figuras, na medida em que todo direito seria definitivo, pois seu âmbito de proteção e, por consequência, todos os direitos subjetivos que gera, são de antemão definidos, não necessitando, para se definir o que está ou não protegido pelo direito, de uma situação fática a ser solucionada. Não há espaço, pois, para a atividade de sopesamento.

Para os adeptos da teoria externa, como se verá, em especial para Alexy e seus seguidores²¹, o direito fundamental apresentar-se-ia em dois momentos distintos: o direito *prima facie* e o direito definitivo. Em um primeiro momento, enquanto realidade objetiva, haveria o direito *prima facie*, o qual abrangeria todas as hipóteses aptas a gerar direitos subjetivos que se encontrassem dentro da temática do direito fundamental. Quaisquer hipóteses que tiverem relação temática (ínfima que seja) com o direito seriam pelo mesmo protegidas e estariam sob a cobertura de seu âmbito de proteção, garantindo-se assim a ampla abrangência que apresenta um direito fundamental *prima facie*.

Para a teoria externa, tudo que possuir, por mínimo que seja, relação com um direito fundamental, é por ele abarcado. É possível que haja, pois, em face de determinada situação concreta, um confronto entre diferentes possibilidades que se enquadrariam ao mesmo tempo no âmbito temático de um direito e, também, no âmbito temático de um outro (ou outros) direito fundamental. Tal situação geraria

²¹ Bernal Pulido, por exemplo, também adepto da teoria externa, entende serem os direitos fundamentais posições *prima facie* sempre passíveis de serem restringidos. É o que afirma o autor na seguinte passagem:

“Por todas estas razões, é bastante claro que as posições jusfundamentais democráticas não podem valer como direitos definitivos, senão somente como direitos *prima facie*, suscetíveis de serem restringidos. Esta é uma exigência que traz consigo a concepção generalizada de que os direitos fundamentais democráticos devem compartilhar uma mesma hierarquia com os outros direitos fundamentais. [...] Isso quer dizer que as posições democráticas jusfundamentais estão revestidas somente de uma validade *prima facie*. Para que adquiram uma validade definitiva é necessário que não sofram nenhuma restrição legislativa, ou então, que a restrição seja desproporcional, e portanto, seja declarada inconstitucional.” (tradução nossa) PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, p. 346.

“Por todas estas razones, es bastante claro que las posiciones iusfundamentales democráticas no pueden valer como derechos definitivos, sino sólo como derechos *prima facie*, susceptibles de ser restringidos. Esta es una exigencia que trae aparejada la concepción generalizada de que los derechos fundamentales democráticos deben compartir una misma jerarquía con otros derechos fundamentales. [...] Esto quiere decir que las posiciones democráticas iusfundamentales están revestidas sólo de una validez *prima facie*. Para que adquieran una validez definitiva es necesario que no sufran ninguna restricción legislativa, o bien, que la restricción sea desproporcionada, y por tanto, sea declarada inconstitucional.”

uma contradição a princípio insolúvel, na medida em que se determinada situação se encontra protegida simultaneamente por um direito fundamental, mas ao mesmo tempo por outro (ou outros), um caso concreto jamais poderia ser solucionado. Tal insolubilidade ocorreria porque seria possível utilizar-se do escudo de proteção de um direito fundamental ou de outro, já que o determinado tema (fato concreto, do *mundo da vida*) estaria abarcado no âmbito temático de mais de um direito fundamental, num processo argumentativo que não chegaria à conclusão nenhuma.

Explicar-se-á melhor a ideia da extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais no momento em que se tratar, neste trabalho, da sistemática e das teorias acerca do suporte fático destes direitos. Por ora, recorre-se ao tema para saber-se o porquê da diferenciação que Alexy estabelece entre direitos *prima facie* e direitos definitivos. Como exposto acima, os direitos *prima facie*, por abrangerem um amplo rol de possibilidades fáticas em seu âmbito temático, não conseguiriam por si só proteger juridicamente de forma segura as situações concretas, na medida em que a esfera de proteção de um direito esbarraria na esfera de proteção de outro direito, não se chegando à possibilidade de solução de determinado caso concreto e não se possibilitando a outorga de um direito subjetivo efetivo ao indivíduo, isso porque se uma determinada realidade fática está protegida por um ou mais direitos simultaneamente, esta situação gera um conflito entre eles e acaba por não gerar situação de proteção alguma, não se podendo falar em direitos subjetivos efetivos.

Ao problema de se estabelecer uma proteção ampla às situações fáticas pelos direitos fundamentais, bastando que para tal proteção haja uma mínima correlação temática com tais direitos, e a decorrente impossibilidade de efetiva prestação jurídica e criação de direitos subjetivos efetivos (na medida em que se algo é protegido concomitantemente por mais de um direito, não será protegido por nenhum em caso de conflito) Alexy dá uma resposta. A solução encontrada pelo autor consiste em dividir os direitos fundamentais em duas categorias, ou melhor, em dois momentos, quais sejam, os direitos *prima facie* e os direitos definitivos.

Segundo a teoria de Alexy, as regras protegem ou impõem direitos definitivamente, enquanto os princípios os protegem *prima facie*, ou seja, dependem de um sopesamento em face de um caso concreto. Para as regras jurídicas, a proteção ou imposição do dever jurídico se mostra completa, definitiva, no próprio mandamento da norma. Dá-se isso porque o conflito entre regras jurídicas se resolve no âmbito da validade, pela sistemática do *tudo ou nada*, sendo que em face

de uma dada realidade fática ou jurídica uma norma deve ceder em detrimento de outra, protegendo a situação ou impondo obrigações de forma a excluir todas as outras regras que, a princípio, tratam do mesmo assunto. Diante do caso concreto, pois, ou a regra é válida e o abrange exclusivamente, ou não o regula, hipótese em que não será aplicada ou por ser inválida ou então por não ter relação com a realidade fático-jurídica já regulada por outra regra. Explica-se melhor a ideia com as palavras de Alexy:

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 determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para este 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 outros princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.²²

No caso das normas jurídicas com estrutura de princípio, a proteção de uma situação ou a imposição de um dever jurídico não se realiza integralmente, como se dá no caso dos deveres e direitos criados pelas regras, em que a proteção é total. Para os princípios jurídicos, fala-se que há uma imposição de um dever ou a criação de um direito não de forma definitiva, mas *prima facie*. O que os princípios garantem ou impõem *prima facie* é diferente daquilo que garantem ou impõem de forma definitiva.

Para as regras jurídicas, a proteção de direitos e imposição de deveres é sempre definitiva, ou seja, não há que se distinguir direito *prima facie* de direito definitivo, na medida em que só há este último. Todo direito garantido por uma regra o será definitivamente. Para os princípios, porém, há dois momentos distintos: o direito ou dever criado *prima facie* pelo princípio; o direito ou dever criado definitivamente pelo mesmo princípio. Segundo Alexy, “regras e princípios são

²² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 106.

razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.”²³

Cola-se, aqui, os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva sobre a distinção estabelecida por Alexy, autor este do qual é discípulo:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos (ou impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...]

No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.²⁴

Para a teoria dos princípios de Alexy, à regra não é necessária a aplicação de um sopesamento quando da análise de um caso concreto, como o é para os princípios. O que há é uma mera subsunção do fato à *norma-regra*. Com base no comando normativo definido por uma regra, sabe-se de antemão os deveres e os direitos dela decorrentes, bastando um cotejo entre esta regra e o ordenamento jurídico para verificar-se se tal regra é ou não válida a impor determinado direito ou obrigação. Se há duas regras prevendo resultados diversos para uma determinada situação, o conflito entre ambas será solucionado no âmbito de validade, sendo que o resultado desta operação será a necessária declaração de invalidade da norma preterida e, por consequência, a exclusão desta do ordenamento jurídico. Dessa maneira, mantém-se a afirmação de que a *norma-regra* ou se aplica totalmente ao caso, ou não se aplica (seja por não regulá-lo, por não ter se “encaixado” pelo processo de subsunção como norma reguladora; seja por ser inválida).

Os princípios jurídicos, por sua vez, devem obedecer a um mandamento de otimização, segundo o qual devem ser aplicados na máxima medida possível em face de dada realidade fática ou jurídica. Se uma determinada situação apresenta relação temática com mais de um princípio, não há que se falar em aplicação integral de apenas um deles e a consequente exclusão dos demais, como se dá quando do conflito entre regras jurídicas. Para os princípios, far-se-á necessário um

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 45-46.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 45-46.

sopesamento entre eles de forma a se tentar otimizar ao máximo a eficácia de cada um frente ao caso concreto. Tenta-se, com este sopesamento, aproveitar a normatividade de cada um dos princípios que tenha relação, por mínima que seja, com a situação concreta. Desta forma, mesmo havendo um princípio que prevaleça no caso de colisão, o outro sobrepujado e preterido deve ser aproveitado ao máximo, de forma a não ser afastado de todo.²⁵

Toda a caracterização exposta nas linhas acima acerca da proposta de Alexy, diferenciando os direitos em *prima facie* e definitivos, como visto, só é aplicável às normas jurídicas definidoras de princípios, na medida em que para as regras todo comando normativo seria definitivo, não se podendo falar em direito ou dever *prima facie*. Toda regra jurídica já traz em seu conteúdo (valendo-se aqui da teoria de Alexy) uma posição jurídica definitiva. Os conflitos porvindouros existentes entre regras nada mais são do que um cotejo feito no plano de validade, como visto, sendo que o direito já estava presente definitivamente no comando normativo da *norma-regra*. Para os princípios, porém, faz-se necessário, quando mais de um deles trata de uma mesma situação fático-jurídica, um sopesamento de forma a se efetivar definitivamente o direito ou dever disposto na norma.

Um problema que surge aqui é saber se, em relação aos princípios, antes do sopesamento, e tradando-se, pois, de um direito *prima-facie*, há um verdadeiro direito garantidor de uma posição jurídica ou se, ao contrário, há uma mera expectativa de direito. Para Alexy e seus seguidores, haveria sim um direito, mesmo que tomado como razão *prima facie* e não definitiva²⁶, capaz inclusive de gerar uma pretensão jurídica passível de ser levada à análise do Poder Judiciário. Se houvesse mera expectativa de direito, a posição do autor de um processo judicial com base nessa expectativa não poderia obter logro em sua ação. O direito *prima facie* gera, então, garantia de direitos e imposição de deveres, os quais, apesar de não serem definitivos, possibilitam uma pretensão com base em direito subjetivo passível de ser demandada inclusive no Poder Judiciário. A crítica que se faz a isso é que a separação entre direitos *prima facie* e direitos definitivos acaba por gerar um excesso de demandas ao Poder Judiciário, tendo-se em vista que qualquer matéria

²⁵ Para Robert Alexy, este sopesamento realizado de modo a se otimizar ao máximo a eficácia dos princípios deve obedecer a uma atividade de ponderação de interesses, no qual se utilizará critérios de proporcionalidade. Tal proporcionalidade (sentido amplo) se subdivide em três: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

²⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 108.

relacionada, mesmo que minimamente, a um princípio jurídico, poderia ser objeto de demanda judicial.²⁷

Pelo que foi exposto acima, vê-se que a distinção feita por Alexy entre direitos *prima facie* e direitos definitivos não pode ser aceita pelos partidários da teoria interna. Como para esta os limites dos direitos lhe são inerentes, criados conjuntamente com eles e derivados diretamente de seu conteúdo interno, não sendo possível estabelecer-se limitações externas ao próprio direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade, todo direito fundamental é, por definição, em decorrência da lógica da teoria interna, um direito definitivo.

Não há que se falar, na teoria interna, em direitos *prima facie*, na medida em que, para esta teoria, o conteúdo e os limites do direito fundamental são dados de antemão por este próprio direito, e quaisquer restrições que lhe sejam externas deverão ser rechaçadas. Ou o limite já está contido na norma que prescreve o direito fundamental, bastando ser declarado por meio da atividade interpretativa, ou a limitação consistirá em ingerência alheia a seu conteúdo e se caracterizará como intervenção externa indevida, passível de vício de inconstitucionalidade. O próprio Alexy expõe a incompatibilidade da distinção entre *direitos prima facie* e direitos definitivos no âmbito da teoria interna:

Saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna é algo que depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser.²⁸

²⁷ Virgílio Afonso da Silva rebate esta crítica com o seguinte argumento: “Ao se fazer uma vinculação direta entre uma questão substancial e uma questão processual, tal crítica ignora algumas condicionantes que se inserem entre uma e outra. Embora possa parecer intuitivo que um aumento no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e o conseqüente aumento no número de colisões entre eles tendam a ser acompanhados de um aumento de pretensões judiciais, há elementos – substanciais, processuais e empíricos – que podem fornecer argumentos em sentido contrário.” SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.*, p. 150-153.

²⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 278.

2.4 Limites e restrições: utilização destes conceitos na perspectiva da teoria interna

Na teoria interna, como todos os direitos fundamentais possuem caráter definitivo, falar-se em restrição a eles não é possível, a não ser que estas sejam inconstitucionais.²⁹ O que se fala, considerando-se os pressupostos desta teoria, é em *limites*, os quais são estabelecidos pelo próprio direito, desde seu nascimento. São os chamados *limites imanes*, imanes porque pertencentes ao próprio conteúdo interno do direito fundamental. O termo *restrição*, para a doutrina, pressupõe que haja um direito não definitivo passível de ter seu conteúdo que, *a priori*, é ilimitado, restringido por algum fator externo a ele, seja por uma norma de igual hierarquia, seja por considerações axiológicas ou morais, seja por uma submissão a um direito natural imutável, enfim, por qualquer fator delimitativo estranho ao conteúdo interno do próprio direito. *Restrição*, pois, relaciona-se a uma delimitação do conteúdo do direito feito em face de outros elementos que não sua própria estrutura normativa. Falar-se em restrição válida só pode ser feito, sem cometer-se erro conceitual, sob um prisma teórico próprio da teoria externa.³⁰ Calil de Freitas resume bem o tema, na seguinte passagem:

²⁹ Friedrich Müller que, como se verá em item próprio deste trabalho, entende que falar-se em restrições a direitos fundamentais é uma contradição, na medida em que é internamente que estes direitos encontram suas limitações. Restringir algo que já está de antemão delimitado seria, para Müller, ilógico. Bernal Pulido explica esse raciocínio do autor na seguinte passagem: “[...] as disposições legislativas não restringem os direitos a partir de fora. As leis de intervenção nos direitos fundamentais não se projetam sobre seu âmbito a partir do exterior, mas os concretizam e configuram internamente, asseguram a efetividade de seu conteúdo normativo e delimitam seu alcance. As leis concretizam o âmbito normativo e o programa normativo de cada disposição jusfundamental. Por esta razão, o juízo de constitucionalidade da lei só deve consistir em verificar se as concretizações legislativas dos direitos fundamentais não estejam em contradição com seu âmbito normativo e seu programa normativo, tal como aparecem prefigurados na Constituição. Os termos em que estão redigidas as disposições jusfundamentais traçam os limites de seu conteúdo. Por esta razão, é um contra senso falar de lei restritiva de um direito fundamental, sob o entendimento de que se trata de uma restrição externa ao próprio direito.” (tradução nossa) PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la Proporcionalidad e los Derechos Fundamentales*, p. 452.

“[...] las disposiciones legislativas no restringen los derechos desde fuera. Las leyes de intervención en los derechos fundamentales no se proyectan sobre su ámbito desde el exterior, sino que los concretan y configuran internamente, aseguran la efectividad de su contenido normativo y delimitan su alcance. Las leyes concretan el ámbito normativo y el programa normativo de cada disposición iusfundamental. Por esta razón, el juicio de constitucionalidad de la ley solo debe consistir en verificar que las concreciones legislativas de los derechos fundamentales no estén en contradicción con su ámbito y su programa normativo, tal como aparecen prefigurados en la Constitución. Los términos en que están redactadas las disposiciones iusfundamentales trazan los límites de su contenido. Por esta razón, es un contrasentido hablar de ley restrictiva de un derecho fundamental, bajo el entendido de que se trata de una restricción externa al propio derecho”.

³⁰ Calil de Freitas explica a diferenciação dos termos *limites* e *restrições*, adotando uma perspectiva um pouco diferente da adotada no presente trabalho. Veja-se o entendimento do autor: “Neste

Para a teoria interna, então, não há que falar em restrição de direito fundamental, já que tal conceito importa em diminuição de seu conteúdo; sendo os limites, para essa teoria, imanentes, e o conteúdo do direito definido desde a compreensão que se deva ter da norma jusfundamental que sobre ele dispõe, o respectivo processo de aplicação pressupõe o seguinte procedimento: 1º) exame se, nas circunstâncias do caso concreto houve afetação do âmbito aparentemente protegido; 2º) exame se o conteúdo aparentemente protegido e afetado vale como conteúdo verdadeiramente protegido. Se o conteúdo afetado é só aparentemente protegido, a hipótese fática não compõe o conteúdo do direito fundamental em questão, eis que excluída, já à partida, por uma das modalidades de limites imanentes. No caso de existir norma infraconstitucional que exclua a hipótese fática da proteção, à luz dessa teoria, cuida ela apenas de elucidar algo que já se continha implícito na norma. É dizer, não é o legislador ordinário que restringe o direito, mas apenas explicita o que já era limitado de forma imanente.³¹

Na teoria interna, como se viu, não se podendo falar em *restrição*, fala-se em *limites*. O termo *limites*, para a doutrina, seria mais adequado, pois remeteria à ideia de uma delimitação de conteúdo do direito fundamental que é inerente a ele mesmo. Os limites, portanto, consistem na delimitação do que está ou não abrangido no conteúdo da norma jusfundamental, delimitação esta feita por um processo argumentativo que envolve a abrangência contida no seu próprio programa normativo³², não se submetendo a interferências externas. Borowski percebe bem a questão, ao lecionar:

Segundo a teoria interna dos direitos, existe desde o início o direito com seu conteúdo determinado. Toda posição jurídica que exceda dito direito predeterminado não existe. Sob este ponto de vista, só há um objeto normativo: o direito com seus limites concretos. Segundo um uso linguístico corrente, os limites do direito são imanentes. No caso dos direitos não limitáveis, este limite não pode se denominar restrição. A restrição de um direito é uma diminuição ou uma redução do direito. Algo que é do conteúdo

discurso, percebe-se a distinção entre limites e restrições; limites, no caso, se atribuem ao que a doutrina convencionou chamar limites imanentes, enquanto restrições é expressão reservada àquelas delimitações ao conteúdo inicialmente dado pela norma constitucional ao direito fundamental, por ação posterior de norma ordinária ou constitucional contemporânea. Canotilho identifica limites constitucionais imediatos, assim compreendidos aqueles constitucionalmente positivados, dos quais são exemplos, em nossa vigente Constituição, a liberdade de reunião – art. 5º, XVI –, que deve ser entendido como direito de reunir-se em local público (a) pacificamente e (b) sem armas; o direito de associação – art. 5º, XVII –, que deve (a) voltar-se para fins lícitos e (b) não pode ter caráter paramilitar; o direito à inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI –, exceto quando o domiciliado estiver em (a) flagrante delito, (b) tiver ocorrido desastre, (c) para prestar socorro ao domiciliado ou, ainda, (c) durante o dia por determinação judicial. Ao lado destes, há o que se denomina restrições estabelecidas por lei, se e quando a norma jusfundamental contém expressa reserva legal, dando lugar ao estabelecimento de restrições por norma infraconstitucional e, por último, os limites imanentes ou limites constitucionais não escritos, que têm status constitucional e resultam implícitos no entrechoque dos vários direitos entre si e também em relação aos demais valores e bens jurídicos constitucionalmente tutelados.” FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 78.

³¹FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 82.

³²Acerca da expressão *programa normativo*, ver MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*.

do direito antes de sua restrição deixa de sê-lo logo quando há tal restrição. Se o direito, em sua acepção de direito não limitável, tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se torna desnecessária e impossível.”³³
(tradução nossa)

Para a teoria externa, por sua vez, é perfeitamente possível falar-se em restrições constitucionalmente válidas aos direitos fundamentais. Já que, como quer Alexy, haveria os direitos *prima facie*, de conteúdo ilimitado, a definição do caráter definitivo do direito só pode dar-se em face do caso concreto, quando do sopesamento com outros princípios porventura colidentes, hipótese em que o direito, a princípio ilimitado, terá seus contornos definidos definitivamente para aquela situação fático-jurídica específica. Os direitos *prima facie*, pois, podem ser limitados em face de colisões com outros direitos jusfundamentais que prescrevem princípios jurídicos, de forma a estabelecer-se, após o sopesamento, seu conteúdo definitivo.³⁴

Os termos acima citados e a conseqüente compatibilidade de sua utilização sob uma perspectiva de teoria interna ou teoria externa serão utilizados aqui neste trabalho segundo a proposta de Alexy. Canotilho, por exemplo, aceita utilizar o termo *restrição* a direitos fundamentais, mesmo sendo adepto da teoria interna. Segundo Canotilho, há o direito fundamental com seus limites imanentes (conceito este inerente à teoria interna), sendo que seria perfeitamente possível falar-se em restrição, quando no caso de colisão de direitos. Nota-se que o autor português utiliza os termos *limites* e *restrições* aos direitos fundamentais dentro de uma perspectiva de teoria interna. Para o autor português, enquanto os limites são dados de antemão pelo próprio direito, as restrições são estabelecidas seja por uma cláusula de exceção (a qual dá a possibilidade de outra norma restringir o conteúdo de um direito fundamental), seja pela colisão com outros direitos, hipótese para a qual Canotilho descreve vários critérios e alternativas instrumentais para solucionar

³³BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, p. 66.

“Según la teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado. Toda posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Desde este punto de vista, hay solo un objeto normativo: el derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites del derecho son “inmanentes”. En el caso de los derechos no limitables, este límite no puede denominarse restricción. La restricción de un derecho es una disminución o una reducción derecho. Algo que es del contenido del derecho antes de su restricción deja de serlo luego de dicha restricción. Si el derecho, en su acepción de derecho no limitable, tiene su alcance definido de antemano, su restricción se torna innecesaria e imposible.”

³⁴ A possibilidade de utilização do termo *restrição* no âmbito da teoria externa fica clara na seguinte passagem: “Se se parte do modelo dos princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por esta norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrição a direitos fundamentais.” ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos Fundamentais*, p. 280.

a situação fática concreta. Tais critérios se dão mediante a análise da extensão dos limites imanentes de cada direito em conflito e sua abrangência em relação ao caso concreto.³⁵

Para dar coerência terminológica a este trabalho, sempre que se tratar aqui de *restrições*, referir-se-á a intervenções externas ao conteúdo de um determinado direito fundamental. O termo *limites*, por sua vez, referir-se-á aos contornos delimitativos estabelecidos internamente pela própria norma, imanentes a ela, sem recorrência a interferências externas derivadas da colisão com outros direitos fundamentais.

Como toda norma jusfundamental possui, para a teoria interna, caráter definitivo, já que não será passível de restrição externa, é obrigatório considerar-se, por consequência lógica, que toda restrição a este direito seja inconstitucional, a não ser que esteja expressamente previstas e autorizadas pelo texto da constituição.

2.5 Origem da delimitação do conteúdo dos direitos: externa ou interna?

Um problema a que os defensores da teoria interna não têm conseguido dar solução pacífica consiste em saber o fundamento e a origem da delimitação do conteúdo do direito fundamental. O pressuposto básico da teoria interna, como visto, é o de que qualquer limite estabelecido ao conteúdo do direito fundamental só é válido quando estabelecido internamente, ou seja, pelo próprio direito. Limitações outras que não as inerentes à norma, imanentes a ela, são restrições indevidas e inconstitucionais. A divergência doutrinária entre os defensores da teoria interna reside, porém, em precisar se a delimitação do conteúdo do direito fundamental é algo interno a ele e sem influência de nenhuma outra norma, nem mesmo do ordenamento jurídico como um todo, ou se, adotando-se outro entendimento, tal delimitação é própria e inerente ao direito fundamental sendo que, contudo, para se apreender o conteúdo deste, faz-se mister uma interpretação sistemática e atinente ao princípio da unidade da constituição, de forma a não considerar um dado direito como uma ilha isolada e aparte do sistema constitucional como um todo.³⁶ Para esta

³⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1261-1268.

³⁶ Canotilho ilustra bem a impossibilidade de um direito ser ilimitado e indiferente às demais demandas do ordenamento jurídico tomado como um todo, um conjunto, ao lecionar: “[...] devemos

segunda corrente, pois, deve-se manter a coesão do argumento segundo o qual um direito fundamental só encontra limites nele mesmo, não sendo passível de restrições externas, mas, porém, para se chegar à definição do conteúdo desse mesmo direito far-se-ia necessária a busca por fundamentos calcados em uma interpretação sistemática da constituição, considerando-a como um todo não passível de ser dividido em normas isoladas e alheias ao sistema como uma totalidade, sob pena de infringir-se o princípio da unidade da constituição.³⁷

A doutrina não chega a um consenso sobre esse ponto, sendo que essa controvérsia serve inclusive como elemento que os críticos à teoria interna (os defensores da teoria externa) utilizam para lhe realçar as deficiências e incoerências. Recorrer-se à ideia de fundamentação externa ao direito para definição do conteúdo e dos limites do direito fundamental, como quer uma corrente da teoria interna, seria defender o pressuposto básico da teoria externa de que os limites às normas fundamentais são encontrados fora do direito, por meio de um cotejo com as demais normas do sistema.

assentar nos seguintes pontos: 1 - os direitos sem restrições *ex constitutione* (isto é, estabelecidos pela própria Constituição) e sem reserva de lei restritiva, não podem considerar-se como direitos irrestritos ou irrestringíveis; 2 - estão sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional (ex: o direito de manifestação está sujeito aos limites da 'não violência' e aos limites resultantes da necessidade de proteção do conteúdo juridicamente garantido dos direitos dos outros, como, por exemplo, a liberdade de deslocação; 3 - estes limites podem (e nalguns casos devem) ser conformados pelo legislador, obedecendo aos princípios e procedimento metódico das leis restritivas." CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 451.

³⁷ Felipe de Paula expõe muito bem a questão, afirmando: "Em uma tentativa de definição positiva, contudo, parece haver confusão temático-terminológica, uma espécie de desordem nominal oriunda da heterogeneidade de abordagens quanto à origem dos "limites internos" manejados. Isso porque enquanto alguns apontam explicitamente que os limites de cada um dos direitos só podem ser, necessariamente, internos a eles mesmos, verdadeiramente intrínsecos ou relativos à essência de cada direito fundamental, como sugere a obra de Martinez-Pujalte ou a decisão STC 5/1981 do Tribunal Constitucional espanhol, a maior parte da doutrina e do tratamento jurisprudencial assinala que tais limites, embora nominalmente considerados como imanentes, são provenientes da Constituição como um todo, dos direitos fundamentais de terceiros, de outros bens e valores constitucionalmente relevantes e das exigências mínimas de vida em sociedade – ainda que para isso se tenha que realizar uma interpretação bastante generosa e ampliativa do texto constitucional. [...] Essa singela e amiúde despercebida divergência de abordagens inseridas em um mesmo eixo doutrinário – limites oriundos da própria essência do direito ou da pertinência ao sistema constitucional como um todo – pode configurar, certamente, um dos focos principais das dificuldades doutrinárias presentes, e tem impacto importante no momento de se avaliar a coerência e a funcionalidade das propostas." O mesmo autor continua, com clareza, explicando a controvérsia: "Também já se tem em mente nesse momento do texto, porém, a divergência de propostas sobre suas origens: (i) se do próprio direito, de sua essência, configurando verdadeiros limites intrínsecos, ou (ii) se da totalidade do ordenamento jurídico constitucional, da derivação do princípio da unidade da Constituição e da necessária convivência entre direitos subjetivos, direitos de terceiros, bens coletivos e valores constitucionais – em abordagem que os concebe enquanto limites, de certa forma, mais gerais e, quiçá, em certa medida variáveis e extrínsecos". PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 72-73.

Os partidários da teoria interna que defendem que os limites ao direito são dados por ele mesmo, de forma imanente, mas que, contudo, o conteúdo do direito fundamental só existe e encontra arrimo dentro de um sistema constitucional como um todo unitário, defendem-se dizendo que o que diferencia esta ideia daquela sustentada pela teoria externa é que, na teoria interna, os direitos fundamentais são tomados como definitivos. Não seriam os direitos fundamentais carentes da necessidade de uma análise em face da colisão com outros direitos quando da resolução de um caso concreto para se estabelecer seu alcance, seus limites e seu conteúdo. Não fazem a distinção de Alexy, pois, entre direitos *prima facie* e direitos definitivos.

Este é um problema que a teoria interna enfrenta em sua conformação teórica, na medida em que há divergências quanto a um fundamento básico, como visto nas linhas acima: saber se os limites imanentes devem observar somente o que está disposto no programa normativo de dado direito fundamental ou se, ao contrário, os limites imanentes e o conteúdo deste direito devem ser buscados por meio de uma legitimação com base em outras normas constitucionais formando, assim, um sistema normativo interdependente. A doutrina e a jurisprudência são divergentes quanto ao tema, na medida em que não há uniformidade em suas decisões ou pareceres, ora sustentando uma visão com argumentos incoerentes, ora adotando uma corrente fundamentando-a com pressupostos teóricos de outra. É o que diz Felipe de Paula:

Ademais, e embora a homogeneidade dos pressupostos teóricos seja relevante para uma argumentação decisória que se pretenda coerente e legítima, as decisões judiciais que assinalam no sentido da teoria interna aparentemente não ficam atrás dos problemas doutrinários, com a utilização de justificativas dúbias e contraditórias no momento de se apontar a origem da limitação interna. Sob nosso olhar, originam-se aqui problemas graves de coesão e legitimidade do discurso, a colocar em causa a funcionalidade da construção teórica. Já vimos a enorme quantidade de estratégias passíveis de serem utilizadas neste sentido; o que ocorre, em grande parte das vezes, é que a miscelânea de táticas atrapalha – ou mesmo impede – uma efetiva definição deste ponto basilar da teoria em causa.³⁸

Para Vieira de Andrade, o qual é adepto de uma teoria híbrida³⁹ (não se filia a uma corrente pura da teoria interna ou externa), os direitos fundamentais teriam seu

³⁸PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 74.

³⁹ Esse caráter híbrido da obra de Vieira de Andrade é bem percebido por Felipe de Paula, o qual não vê no autor uma posição que se filie unicamente a concepções internas ou externas, apesar de considerar que o autor tenda mais à teoria interna. Para Felipe de Paula: “[...] Em que pese tal visão

conteúdo delimitado por fatores internos, mas também por fatores externos. Haveria, pois, segundo ele, os fatores delimitativos dados pelo conteúdo mesmo da norma, internos a ela, e fatores outros, externos e ligados às exigências da vida social e à constituição como um todo. É o que afirma o autor português na seguinte passagem:

Não será novidade afirmar neste momento que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados.

[...]

Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários. resultam do conflito entre os valores. Assim, além dos limites 'internos', que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites *externos*, pois têm de conciliar as suas naturais exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética e a moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc.

Nestes termos, poderá talvez afirmar-se que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários.⁴⁰

Peter Häberle, por exemplo, é partidário da teoria interna por considerar que os direitos fundamentais possuem seus limites definidos no próprio direito, não sendo passíveis de delimitações externas. Para o autor, porém, os direitos fundamentais devem conviver harmonicamente dentro de um sistema constitucional em que cada norma jusfundamental se legitima com base nas outras. Um direito fundamental, pois, mesmo não sendo passível de interferências externas, deve se conformar à ordem jurídica constitucional tomada enquanto uma totalidade unitária, na qual as normas se fundamentam umas nas outras. É o que menciona o autor, ao lecionar:

A unidade em que se fundem os bens jurídicos positivados na Constituição e as relações complementares existentes entre eles justifica o mandamento de interpretação de 'conjunto' da Constituição. Os limites e o conteúdo dos direitos fundamentais têm que ser determinados em uma 'visão de conjunto' que os tome como parte constitutiva de um conjunto global. Nenhuma norma constitucional pode ser interpretada somente por si mesma.

[...]

Os concretos valores jurídicos da Lei Fundamental não se contrapõem, a respeito, como estranhos e incomunicáveis uns aos outros. Remetem-se uns aos outros e estão em uma relação imanente. Dito graficamente, em

possa ser enquadrada como verdadeira proposta híbrida, embora de certa forma mais afastada dos pressupostos de uma teoria externa do que, propriamente, o contrário, sua seleção diferenciada parte de alguns fundamentos que parecem relevantes.” PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 111.

⁴⁰ ANDRADE, João Carlos Vieira de Andrade. *Op. cit.*, p. 213-214.

cada parte individual se refleja o conjunto, cujo elemento constitutivo e integrador forma; refleja a totalidade do sistema axiológico jurídico constitucional.⁴¹ (tradução nossa)

Um ponto em comum do qual são partidários os principais adeptos da teoria interna ou da teoria externa consiste em ver a constituição como um todo sistemático e unitário de normas, sendo impossível considerar cada norma como uma “ilha”, como uma realidade independente da ordem constitucional em sua totalidade. É o que afirmam Barili, Cheli e Grassi:

A regra mais geral, não expressa mas que deriva do conceito mesmo de ordenamento jurídico que ilustramos acima, como ordenamento unitário e coerente, a regra portanto que vai sempre estar presente antes de tudo, nos vários momentos da interpretação, é que uma norma não pode mais ser tomada corretamente se não a se relaciona com todas as outras do ordenamento: nenhuma norma vive de vida própria, todas são intimamente coligadas umas às outras, de modo que qualquer tentativa de interpretá-las isoladamente seria seguramente equivocada.⁴² (tradução nossa)

Voltar-se-á ainda, ao longo deste trabalho, à análise das propostas e soluções teóricas acerca da temática da delimitação dos direitos fundamentais dadas pela teoria interna. Antes disso, apresentar-se-á os pressupostos da teoria interna e introduzir-se-ão os conceitos de suporte fático (amplo e restrito), matérias estas cuja exposição se fará necessária nos próximos itens de forma a que se possa fundamentar as conclusões defendidas no presente trabalho.

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 8-9.

“La unidad en que se fusionan los bienes jurídicos normados en la Constitución y las relaciones complementarias existentes entre ellos justifica el mandato de interpretación ‘de conjunto’ de la Constitución. Los límites y el contenido de los derechos fundamentales hay que determinarlos en una ‘visión de conjunto’ que los tome en cuenta como parte constitutiva de un conjunto global. Ninguna norma constitucional puede interpretarse solamente desde sí misma.

[...]

Los concretos valores jurídicos de la Ley Fundamental no se contraponen, al respecto, como extraños e incomunicados, unos a otros. Se remiten unos a otros y están en una relación inmanente. Dicho gráficamente, en cada parte individual se refleja el conjunto, cuyo elemento constitutivo e integrador forma; se refleja la totalidad del sistema axiológico jurídico constitucional.”

⁴² BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 38.

“La regola più generale, inespressa ma che deriva dal concetto stesso di ordinamento giuridico che abbiamo sopra illustrato, come ordinamento unitario e coerente, la regola quindi che va sempre tenuta presente per prima, nei vari momenti di interpretazione, è che una norma non può mai essere intesa correttamente se non la si collega con tutte le altre dell’ordinamento: nessuna norma vive di vita propria, tutte sono strettamente collegate le une alle altre, in modo che qualunque tentativo di interpretarle isolatamente sarebbe sicuramente sbagliato.”

3 TEORIA EXTERNA

Viu-se no último capítulo que o pressuposto básico da teoria interna consiste na ideia de que os limites de um direito fundamental são dados por ele mesmo, de forma interna, não sendo possível a delimitação de seu conteúdo por fatores que lhe sejam externos, sob pena de caracterização de uma intervenção indevida e, por conseguinte, inconstitucional. Para a teoria interna, pois, entende-se que seria atécnico falar-se em *restrições* válidas, na medida em que o termo *restrição* pressuporia uma limitação externa ao direito.⁴³ Para a teoria externa, por sua vez, haveria o direito *prima facie* e as restrições porventura existentes, as quais levariam à identificação do direito fundamental definitivo. Borowski, nesse sentido, leciona:

A teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos distintos. O primeiro objeto é o direito *prima facie* ou direito não limitado, o segundo a restrição a esse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo ou limitado. O exame acerca de um direito limitado se realiza necessariamente em dois passos. No primeiro passo, se pergunta se a consequência jurídica buscada faz parte do conteúdo do direito *prima facie*. Se isso acontece, em um segundo passo se examina se o direito *prima facie* foi limitado legitimamente no caso concreto, de tal forma que já não se tenha um direito definitivo. Deste modo, o esquema fundamental da teoria externa dos direitos fundamentais mostra o seguinte:

Se o objeto X pertence ao conteúdo de um direito restringível, e este direito não se limita legitimamente sob a perspectiva de X, então para X está ordenada a consequência jurídica deste direito.⁴⁴ (tradução nossa)

A teoria externa possui como mote central a defesa de que uma norma fundamental é passível de restrições externas, restrições estas dadas não pelo próprio direito *in specie* (limites imanentes), mas por fatores extrínsecos à norma, seja por limitações expressamente autorizadas pelo texto constitucional, seja por

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 52.

⁴⁴ BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, p. 66-67.

“La teoría externa presupone la existencia de los objetos jurídicos diferentes. El primer objeto es el derecho *prima facie* o derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado. El examen de un derecho limitado se realiza necesariamente en dos pasos. En el primero se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte de contenido del derecho *prima facie*. Si esto es así, en un segundo paso se examina si el derechos *prima facie* ha sido limitado legitimamente en el caso concreto, de tal forma que ya no se tenga un derecho definitivo. De este modo, el esquema fundamental de la teoría externa de los derechos fundamentales señala lo siguiente: si el objeto X pertenece al contenido de un derecho no restringible, y ese derecho no se limita legitimamente desde la perspectiva de X, entonces para X está ordenada la consecuencia jurídica de ese derecho”.

uma atividade de sopesamento quando da colisão com outro princípio jusfundamental, hipótese esta em que o direito preterido teria seu conteúdo restringido em face do direito com precedência no caso concreto.

Para Virgílio Afonso da Silva (resumindo a diferença básica entre as teorias interna e externa):

Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições.⁴⁵

Na teoria externa, pois, é plenamente possível, sem o risco de incorrer-se em imprecisão terminológica, a utilização do termo *restrição*, isso porque este termo induz à ideia de intervenção alheia ao direito, intervenção esta que é plenamente possível no âmbito desta teoria.

Não se fala mais, aqui, em *limites imanescentes*, na medida em que esta expressão se refere ao pressuposto da teoria interna segundo o qual os limites são dados pelo próprio direito, nascendo com eles, de maneira imanente à norma. Como se viu, a expressão *limites imanescentes* chega a se confundir mesmo com a teoria interna, sendo tomados muitas vezes como sinônimos. Pressupor, pois, que um direito possa apresentar limites imanescentes e ao mesmo tempo ser passível de restrição externa só é possível em se tratando de teorias híbridas, as quais tentam conciliar a teoria interna com a teoria externa, como faz, por exemplo, o autor português Vieira de Andrade.⁴⁶

Dentro da teoria externa, não há posicionamento pacífico e uniforme entre os seus defensores acerca de sua conformação. Para uma corrente, por exemplo, os limites externos, para serem válidos, devem estar expressamente previstos na Constituição. Restrições outras, como as previstas pela técnica do sopesamento alexyniano, não seriam possíveis, pois não previstas no texto constitucional. É o que afirma Felipe de Paula:

[...] os autores que rejeitam a inclusão da teoria principialista no eixo tributário à teoria externa acabam por enxergar nesse tópico um modelo um pouco diferenciado, a que se qualificará como 'purista', e que, considerando a importância atribuída pela corrente aos requisitos constitucionais de controle das intervenções, seu desenho típico e extremo seria o da rejeição

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 138.

⁴⁶ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 213-251.

de quaisquer imposições de restrições – ainda enquanto limites externos – para além da já completa previsão constitucional consubstanciada no sistema intencionalmente diferenciado de reservas legais. Excluir-se-ia de plano, pois, as restrições não expressamente previstas ou autorizadas pela Constituição.⁴⁷

3.1 A teoria interna *versus* teoria externa – comunitarismo *versus* liberalismo

Uma diferenciação que faz a doutrina entre teoria interna e teoria externa, além daquela básica que as distingue quanto à origem das limitações (se externa ou interna ao direito), consiste em caracterizar aquela como própria do comunitarismo e do Estado Social, enquanto esta como própria do individualismo e do Estado Liberal.⁴⁸

⁴⁷PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 92.

⁴⁸Borowski apresenta um resumo evolutivo da ideia de limitação dos direitos fundamentais na doutrina e jurisprudência alemãs, ideia essa que mudou conforme a concepção de estado comunitário ou liberal em que estes direitos estavam inseridos. Para o autor: *“El binomio: derecho prima facie y restricción, que caracteriza a la teoría externa de los derechos, está presente ya en la primera definición descrita de la propiedad, legada por Bartolus: ‘Quid ergo est dominum? Responde: est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat. Esta definición corresponde al concepto de libertad en la tradición romana. En este sentido puede afirmarse que la tradición romanística se aproxima de la teoría externa. En contraposición, en el clásico derecho civil alemán predomina la llamada tradición jurídico germana, según la cual, las restricciones a los derechos deben separarse de antemano del concepto del mismo. Esta tradición está muy próxima a la teoría interna. De esta manera, el debate sobre la teoría de las restricciones fue incluido en el debate entre la tradición romanística y la tradición germana del derecho civil.*

[...]

Bajo el imperio de la Constitución de Weimar, en Alemania se desarrolló el primer enfoque de los derechos fundamentales de Estado de derecho liberal. En este contexto se destaca en primer lugar Carl Schmitt, de acuerdo con cuyo ‘principio de distribución del Estado de Derecho’, todo acto del Estado debía ser limitado y controlable. Este principio se aproxima a la aceptación de la teoría externa de los derechos fundamentales. Asimismo, cabe citar Rudolf Smend, quien puede ser designado como el ‘padre fundador’ de la ponderación.

*Según su ‘teoría de la ponderación’ sobre el concepto de ley general relativo al artículo 118 de la Constitución de Weimar, es determinante que el bien social protegido por una ley sea más importante que la libertad de expresión. También esta teoría se inclina hacia la teoría externa de los derechos fundamentales. A pesar de lo anterior, estos enfoques sobre el desarrollo de una dogmática de los derechos fundamentales en el sentido de la teoría externa fueron sufocados en su origen, a causa de la toma del poder por el nacional socialismo. Conforme a la ideología comunitaria de los nacionalsocialistas, se negó completamente la libertad individual; a cambio de ello, la idea de comunidad debía constituir el punto de partida para la construcción del derecho. Los derechos fundamentales sufrieron entonces una ‘mutación de significado’ de pretensiones subjetivas individuales a meros principios de orden para la comunidad. De este modo, los derechos fundamentales pasaron a ser entendidos en términos de la teoría interna. En contraposición a lo anterior, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental alemana de 1949 han sido tratados como derechos en el sentido de la teoría externa, tanto en la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional Federal, como en la concepción casi unánime de la doctrina (por lo menos en lo que concierne a los derechos de defensa en sentido clásico). BOROWSKI, Martin. *Las Estructuras de los Derechos Fundamentales*, p. 71-74*

É sabido que, sob o paradigma do Estado Liberal⁴⁹, a ênfase do direito era voltada às liberdades públicas, ou seja, às garantias de proteção dos cidadãos em face do estado. Os direitos subjetivos, pois, se resumiriam àqueles chamados de direitos de defesa (direitos individuais em face da intervenção estatal). Ao estado, pois, caberia conferir aos cidadãos a proteção da liberdade e da propriedade, garantindo-lhes, para isso, a segurança e a livre-iniciativa.

O paradigma do Estado Liberal surge em decorrência dos movimentos revolucionários do final do século XVIII. Estes movimentos, com inspiração em ideais

“O binômio: direito *prima facie* e restrição, que caracteriza a teoria externa dos direitos, está presente já na primeira definição descrita de propriedade, legada por Bartolus: *Quid ergo est dominum? Responde: est ius de re corporali perfectedisponendi, nisi lex prohibeat*. Esta definição corresponde ao conceito de liberdade na tradição romana. Neste sentido pode afirmar-se que a tradição romanística se aproxima à teoria externa. Em contraposição, no direito civil alemão clássico predomina a chamada tradição jurídica germana, segundo a qual, as restrições aos direitos devem se separar de antemão do conceito do mesmo. Esta tradição está muito próxima da teoria interna. Desta maneira, o debate sobre a teoria das restrições foi incluído no debate entre a tradição romanística e a tradição germana do direito civil.

Sob o imperio da Constituição de Weimar, na Alemanha, se desenvolveu o primeiro enfoque de direitos fundamentais, de perspectiva de Estado de direito liberal. Neste contexto se destaca em primeiro lugar, Carl Schmitt, de acordo com cujo princípio de ‘distribuição do Estado de Direito’, todo ato estatal deveria ser limitável e controlável. Este princípio se aproxima da noção da teoria externa dos direitos fundamentais. Cabe citar também Rudolf Smend, que pode ser considerado como o pai fundador da ponderação. Segundo sua teoria da ponderação sobre o conceito de lei geral relativo ao artigo 118 da Constituição de Weimar, é determinante que o bem social protegido por uma lei seja mais importante que a liberdade de expressão. Também essa teoria se assemelha à teoria externa dos direitos fundamentais. Apesar do que foi dito, estes enfoques sobre o desenvolvimento de uma dogmática dos direitos fundamentais no sentido da teoria externa foram sufocados em sua origem por causa da tomada de poder pelo nacional socialismo. Conforme à ideologia comunitária dos nacional-socialistas, negou-se completamente a liberdade individual; em troca dela, a ideia de comunidade devia constituir o ponto de partida para a construção do direito.

Os direitos fundamentais sofreram então uma ‘mutação de significado’ de pretensões subjetivas individuais a meros princípios de ordem para a comunidade. Deste modo, os direitos fundamentais passaram a ser entendidos nos termos da teoria interna. Em contraposição à ideia anterior, os direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã de 1949 foram tratados como direitos no sentido da teoria externa, tanto por parte da jurisprudência constante da Corte Constitucional Federal, como na aceção quase unânime da doutrina (pelo menos no que concerne aos direitos de defesa clássicos.” (tradução nossa)

⁴⁹ Calil de Freitas, utilizando a concepção de Häberle, assim expõe a ligação estabelecida entre a teoria externa e os pressupostos do liberalismo: “[...] a noção de intervenção ou limites, inerente à teoria externa, é essencialmente marcada por uma ideia de liberdade como liberdade negativa, própria ao Estado Liberal e, como tal, precipuamente subjetiva e formulada a partir de parâmetros tributários do direito natural do século XVIII. Essa visão foi criticada por conceber a lei como forma de intervenção na liberdade e na propriedade, configurando manifestação do antagonismo e da oposição dos interesses do Estado e da sociedade relativamente aos interesses de liberdade protegidos pelos direitos fundamentais. Dessa forma, a legislação elaborada com fundamento em reservas – com as quais trabalha a teoria externa – colocadas em oposição às normas jusfundamentais era tida e havida como inimiga da liberdade. Para a teoria interna, [...] os limites não seriam elementos externos ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas antes concretizações, sendo as eventuais previsões normativas de elementos negativos meramente declaratórios, já que, conforme essa compreensão, a legislação elaborada com fundamento nas reservas não constitui limites ao conteúdo dos direitos, mas sim mecanismo de interpretação e revelação de seus limites máximos de conteúdo.” FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Op. cit.*, p. 79.

iluministas antropocêntricos, visavam a derrubar os regimes absolutistas do *Ancien Régime*. Estes governos absolutos estavam fundados em um sistema organizado em estamentos imutáveis, nos quais havia uma rígida distinção de classes: a nobreza; o clero; a plebe (todos aqueles que, residualmente, não pertenciam nem à nobreza nem ao clero). Havia nestes sistemas uma distinção política e econômica clara entre os diferentes grupos, na medida em que aos membros da plebe cabia arcar com todos os custos da manutenção do estado, por meio de altas exações tributárias. Não havia, porém, nenhuma contrapartida aos membros deste grupo, pois todos os privilégios políticos e econômicos estavam nas mãos do clero e da nobreza. Os plebeus, por exemplo, mesmo se porventura possuíssem dinheiro, não poderiam adquirir propriedades fundiárias, as quais eram reservadas com exclusividade aos membros dos dois primeiros estamentos (clero e nobreza).

Este sistema de classes do Antigo Regime é arrimado no feudalismo surgido na Europa após a queda do Império Romano. Com o declínio de Roma, a insegurança tomou espaço no continente. Durante a hegemonia do citado Império, havia o que se chamava *pax romana*, que nada mais era que a garantia de proteção dada a todos aqueles territórios que cumprissem a obrigação de pagar os tributos à Roma e aceitá-la como soberana. Em troca, pois, do pagamento dos tributos e da sujeição à sua soberania, Roma garantia plena proteção militar às nações súditas.

Com a queda do Império, houve um vácuo de poder, o qual gerou a desordem e a insegurança para os territórios antes garantidos pela proteção romana. Destruições de vilas inteiras, seguidas de saques, passaram a ser rotina a que estavam, então, sujeitos esses povos. A maneira encontrada pela população para proteção dessas localidades consistia na prestação de favores a um rico proprietário. Em troca da prestação de uma série de favores, este proprietário garantia a segurança de todos aqueles que estavam em seu feudo. Surge, daí, o feudalismo, o qual foi se consolidando ao longo do tempo, com a divisão das pessoas em castas hierarquicamente fixadas, compostas, com algumas variações, de uma nobreza militarizada, na qual o topo era ocupado pelo monarca, seguida daqueles que deveriam a este prestar deveres (duques, marqueses, condes, etc.). O dever da nobreza ante o príncipe consistia na prestação de caráter militar. Em troca, eram dadas aos nobres propriedades que lhe garantiam os títulos nobiliárquicos correspondentes. Aos demais (servos e artesãos), a sujeição se dava não por meio do dever militar, mas por meio do trabalho. Esta última classe, dos trabalhadores,

era denominada de *terceiro estado*, ou de plebeus. Em meio a estes dois estamentos (nobreza e plebeus), estava o clero, composto por membros da Igreja Católica, não leigos, aos quais eram atribuídas prestações atemporais (não seculares), religiosas.

O sistema mencionado acima permaneceu praticamente estável até o fim da Alta Idade Média. Na Baixa Idade Média, porém, o panorama mudou, na medida em que o *terceiro estado* deixou de ser homogêneo. Antes, a plebe era constituída basicamente de camponeses e pequenos artesãos. No fim da Idade Média, porém, com o surgimento das grandes feiras de comércio, aparecem os banqueiros e os comerciantes.

Com o passar do tempo, estes banqueiros e comerciantes se enriqueceram cada vez mais, ocupando um papel de destaque na organização estatal do sistema mercantilista. Estes cidadãos financiavam guerras, expedições (as grandes navegações ibéricas responsáveis pela conquista da América pelos europeus, por exemplo), empréstimos cada vez maiores aos membros da Igreja e da nobreza, além de sustentarem a burocracia estatal e os privilégios destes últimos mediante o pagamento de alta carga de tributos, tributos estes aos quais os clérigos e os nobres estavam isentos.

No Antigo Regime, um fator que dificultava a delimitação dos direitos dos membros do *terceiro estado* residia em que não havia, neste período, constituições escritas ou mesmo ordens constitucionais que pudessem garantir uma certeza de direitos mínimos aos cidadãos, sendo que o conjunto de leis existentes consistiam apenas em normas esparsas derivadas da tradição e que nada mais faziam que manter o *status quo*, ou seja, os privilégios da nobreza e do clero. É o que ensina Zagrebelsky:

Os ordenamentos políticos pré-revolucionários não conheciam constituições no senso moderno. Não eram constituídas de um corpo sistemático e completo de normas intencionalmente produzidas, dotadas de valor premente e consignadas por escrito em uma carta constitucional. As suas regras constitutivas vinham-se afirmando como cristalizações de relatórios e de equilíbrios entre as diversas forças constitucionais concorrentes (a monarquia, a Igreja, a nobreza e a burguesia), cada uma interessada a promover a própria condição. No Antigo Regime, quando se falava em constituição, se intentava a sistematização concreta destas linhas de tensão política.⁵⁰ (tradução nossa)

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*, p. 14-15.

“Gli ordinamenti politici prerivoluzionari non conoscevano costituzioni nel senso moderno. Non erano retti da un corpo sistemático e completo di norme intenzionalmente prodotte, dotate di valore

Os movimentos liberais e revolucionários do final do século XVIII têm origem nessa contradição insustentável: dois grupos que detinham todos os privilégios políticos e sociais (clero e nobreza) e que não deviam contrapartida alguma, e outro que não possuía quase nenhum direito político e social mas que, contraditoriamente, arcava com todos os custos de manutenção do estado.⁵¹ Soma-se a isso a falta de uma ordem legal segura e garantidora de direitos mínimos e conhecidos de antemão, sem a imposição de regras produzidas *ad hoc* com o intuito de beneficiar determinado grupo, ordem esta que só surge com o constitucionalismo.⁵²

O Iluminismo e, em decorrência deste, os pressupostos do Estado Liberal, consistiam na defesa dos direitos individuais em face do estado, da garantia à propriedade privada e aos direitos políticos e, principalmente, da igualdade formal de todos perante a lei, sem quaisquer distinções quanto à origem de cada um. Os direitos subjetivos decorrentes do ordenamento jurídico eram vistos como

preminente e consegnate allo scritto in una carta costituzionale. Le loro regole costitutive si venivano affermando come cristallizzazioni di rapporti e di equilibri tra le diverse forze costituzionali concorrenti (la monarchia, la chiesa, la nobiltà e la borghesia), ciascuna interessata a promuovere la propria condizione. Nell'Antico regime, se si parlava di costituzione, si intendeva l'assetto concreto di queste linee di tensione politica."

⁵¹ É conhecida, acerca do tema, a obra *Qu'est-ce que Le Tiers État*, de Emmanuel Joseph Sieyès, liberal francês e um dos principais teóricos e partidários da Revolução Francesa. Nesta obra, o autor critica duramente a divisão de poder existente no Antigo Regime, na qual ao terceiro estado eram cabidas todas as obrigações e fardos, porém este grupo não possuía direitos nenhum, se comparados aos da nobreza e do clero. Os três primeiros capítulos da obra ilustram bem o objetivo do autor, na medida em que se intitulam, respectivamente: Capítulo I – O Terceiro Estado é uma nação completa; Capítulo II – O que o Terceiro Estado tem sido até agora? Nada; Capítulo III – O que pede o Terceiro Estado? Ser alguma coisa. Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*.

⁵² Seguramente, o movimento constitucionalista surgido em consequência das revoluções liberais do fim do século XVIII, em especial com as Revoluções Francesa e Americana, representou um marco para a garantia dos direitos e garantias individuais, bem como das liberdades públicas e da segurança de uma igualdade formal. Porém, não é pela promulgação de um texto formal a que se dá o nome de Constituição que se garantem princípios básicos em termos de direitos humanos. A maioria das ordens totalitárias da atualidade se autodenomina estados constitucionais. É preciso, pois, que haja uma maturidade social e política no seio de um determinado estado para que sua constituição seja efetiva, sob pena de, utilizando as palavras de Ferdinand Lassalle, tornar-se uma mera *folha de papel*. É o que afirma Pierre Pactet: "Certamente, mostra-se claro que as normas constitucionais seriam uma coisa e que a prática política seria uma coisa diversa daquela, que pode ser muito diferente e caminhará raramente no sentido de uma limitação do poder dos governantes. É que a constituição, como foi indicado, perfazem, de fato, somente princípios e o problema, por demais teórico e abstrato, da reserva de poder mas falha naquilo que concerne a seu exercício de traçar perspectivas de futuro e indicar aquilo que deve ser." PACTET, Pierre. *Institutions Politiques: Droit Constitutionnel*, p. 25.

"Il est, en effet, apparu très clairement que les règles constitutionnelles était une chose et que la pratique politique en était une autre, qui pouvait être fort différente et allait rarement dans le sens d'une limitation du pouvoir des gouvernants. C'est que la constitution, comme Il a été indiqué, ne tranche véritablement que des principes et du problème, assez theorique et abstrait, de la source du pouvoir mais se borne en ce qui concerne son exercice à tracer des perspectives d'avenir et à indiquer ce qui doit être." PACTET, Pierre. *Institutions Politiques: Droit Constitutionnel*, p. 25.

unicamente individuais, pertencentes ao cidadão (não a um grupo) e dando a este o direito de opor-se a intervenções indevidas de terceiros e, principalmente, do estado.

Decorrente dessa perspectiva individualista, própria do Estado Liberal burguês, é que comumente se afirma que a teoria externa possui relação com o individualismo e o liberalismo. A teoria externa tem como pressuposto básico a defesa de que o direito nasce sem restrições, sendo que estas só podem ser definidas por fatores externos a este direito, principalmente em face de restrições decorrentes de intervenções legislativas ou de limitações quando da colisão com outro direito fundamental. Nota-se, com isso, para alguns doutrinadores, o caráter individualista da teoria externa: um direito, a princípio, é ilimitado ao indivíduo, sendo que a limitação só ocorrerá em face do conflito deste direito com outro interesse conflitante. A limitação, pois, decorre da necessidade de harmonizar os diversos interesses individuais conflitantes, com o intuito de se garantir que o direito de um indivíduo não interfira naquele de outro. Garante-se, com isso, a máxima do teórico liberal inglês John Stuart Mill, segundo a qual temos uma liberdade total, desde que esta liberdade não interfira na liberdade de outrem⁵³. Acerca da limitação da liberdade, assim elucida Pierre Wigny:

A liberdade não é absoluta. A independência dos cidadãos se desenvolve no contexto de uma comunidade necessária. Sua atividade livre não pode por em perigo a existência mesma desta comunidade, a ordem ou a tranquilidade pública. A liberdade de cada um é, em seu grau mais alto, limitada pela liberdade igual dos outros.⁵⁴ (tradução nossa)

Na teoria externa, o direito é a regra, e o ônus que possa vir a delimitá-lo é a exceção. Não haveria, pois, no cerne do direito, contrapartidas que o limitem em face de interesses sociais e comunitários. Estes interesses, se existirem, só limitariam o direito em uma segunda fase, na medida em que ele, a princípio, é ilimitado. Utilizam-se aqui as palavras de Felipe de Paula sobre a matéria, apesar deste autor não ser partidário da dicotomia entre teoria externa – individualismo, de um lado, e teoria interna – comunitarismo, de outro:

⁵³ Para Stuart Mill: “A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.” Cf. MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*, p. 53.

⁵⁴ WIGNY, Pierre. *Droit Constitutionnel: principes et droit positif*, p. 267.

“La liberté n’est pas absolue. L’indépendance des citoyens se développe dans le cadre d’une communauté nécessaire. Leur activité libre ne peut mettre en péril l’existence même de cette communauté, l’ordre ou la tranquillité publique. La liberté de chacun est, au surplus, limitée par la liberté égale des autres.”

Não obstante, há um único ponto pertinente à crítica direcionada ao pensamento de intervenção e limites (teoria externa) que nos parece relevante, especificamente se observado em termos simbólicos. É que esse modelo de abordagem, se válido o esquema acima indicado – regra do direito/exceção da restrição –, enxerga a imposição de ônus comunitários sempre como excepcional, como exceção a um direito ou uma liberdade, porque externa e posterior. A relação seria, grosso modo, de contraposição, não de complementaridade dialética, esquecendo-se em certa medida a importância constitutiva dos direitos fundamentais também para a comunidade.

Embora, como adiantado, a possibilidade de imposição de ônus objetivos aos direitos nesse tipo de reconstrução externa seja aceita como inevitável, inclusive com grande possibilidade de ser até mesmo mais intensa [...], parece haver certa razão na percepção de que o elemento comunitário do Estado Democrático e Social de Direito fica, em seu aspecto simbólico, relativamente fragilizado, por não ser visto como inerente ao sistema jurídico mas, sim, como excepcional. Em sentido oposto, não obstante, caberia a censura de sinal trocado, apontando-se à teoria interna, por exemplo, um exagerado caráter opressor do indivíduo.⁵⁵

Seguindo a linha de raciocínio acima exposta, os autores que diferenciam a teoria interna da teoria externa, apoiando-se na ideia de que esta seria inerente ao liberalismo individualista, sustentam que aquela, por sua vez, teria como pressuposto uma visão comunitária de direito, mais atinente ao prisma de um paradigma do Estado Social, ou mesmo de um Estado Democrático de Direito, em contraposição à visão individualista atribuída à teoria externa, mais afeta à dimensão de direitos própria do Estado Liberal.

Segundo essa visão comunitária, toda norma jurídica teria sua eficácia de antemão limitada e definida por interesses pertencentes à comunidade na qual e para a qual a norma foi produzida. Não haveria de se falar aqui, pois, em normas a princípio ilimitadas e dependentes de conflitos externos resultantes de colisão com outras normas para que se pudesse definir as suas limitações, limitações estas vistas sempre como exceção à regra do direito ilimitado, próprio da teoria externa. Alexy percebe bem a discussão acerca da dicotomia *teoria externa/individualismo* – *teoria interna/comunitarismo*, ao explicar:

A polêmica entre a teoria interna e a teoria externa não é, de forma alguma, uma polêmica exclusivamente acerca de questões conceituais e problemas de construção teórica. Entre teorias sobre restrições e hipóteses normativas gerais existem conexões claras. Nesse sentido, alguém que defenda uma teoria individualista do Estado e da sociedade tenderá mais à teoria externa, enquanto alguém para o qual o importante é o papel de membro e participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna. Antes

⁵⁵ PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 68-69.

de uma análise mais detalhada da relação entre direito e restrição não é possível, contudo, estabelecer mais que essas meras tendências gerais.⁵⁶

3.2 A teoria dos princípios de Robert Alexy

3.2.1 As normas jurídicas: regras e princípios

Alexy inicia sua teoria acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais por meio da divisão destas nas subespécies *regras* e *princípios*, conformadoras do gênero norma jurídica.⁵⁷ Tal classificação não é nova⁵⁸, sendo que Alexy dela se utiliza para diferenciar as duas subespécies de forma extremamente original. A distinção entre regras e princípios pode ser estabelecida mediante critérios que as distinguem quanto ao grau de generalidade, considerando que os princípios têm um grau de generalidade mais alto do que o das regras. Este seria o critério tradicional. Para o autor, porém, a corrente correta é aquela que “sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.”⁵⁹ Este último critério (qualitativo) seria o mais adequado.

Segundo o critério qualitativo estabelecido por Alexy, os princípios seriam normas jurídicas que deveriam ser satisfeitas na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Haveria, pois, para os princípios, um mandamento de otimização tendente a se extrair, do princípio, a maior eficácia possível.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 278.

⁵⁷ A distinção que visa a dividir as normas como um gênero do qual são espécies as regras e os princípios jurídicos é muito útil para se visualizar melhor a instrumentalidade e a aplicabilidade de cada norma diante de um caso concreto. Tal divisão, porém, embora muito útil e aceita, deve levar em conta a plurivocidade do termo *princípio*, o qual pode assumir diversos significados dentro do direito. É o que afirma Roberto Bin: “A distinção entre ‘regra’ e ‘princípio’ é um útil ponto de partida. O rigor da contraposição entre estes dois tipos de ‘norma’ é notoriamente contestado, isso porque o emprego do conceito de ‘princípio’ deve sempre levar em conta a dificuldade derivada da pluralidade de significados que a ele se associam na linguagem jurídica [...]” (tradução nossa) BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, p. 9.

“La distinzione tra ‘regole’ e ‘principi’ è un utile punto di partenza. Il rigore della contrapposizione tra questi due tipi di ‘norma’ è notoriamente contestato; anche perché l’impiego del concetto di ‘principio’ deve sempre fare i conti con la difficoltà derivante dalla pluralità di significati che ad esso si associano nel linguaggio giuridico [...]”.

⁵⁸ Por todos, ver DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 90.

Para as regras, por sua vez, o mandamento de otimização não se aplicaria, sendo que em face destas normas, ou a situação fática nela se subsume, hipótese em que a regra terá eficácia total para regular tal situação, ou nela não se subsume. Neste último caso, a regra não deverá ser aplicada.

Para melhor explicar a diferença qualitativa estabelecida pelo autor, transcreve-se-lhe os ensinamentos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.⁶⁰

Após dividir as normas jurídicas em princípios e regras, por um critério qualitativo, Alexy apresenta os modos pelos quais essas diferenças se fazem presentes. Para o autor, é por meio do conflito de regras e da colisão de princípios que conseguimos enxergar como funcionam as estruturas dessas normas.

Na hipótese de conflito de regras (nota-se que o autor utiliza, para estas normas, o termo conflito), a resposta se dará pelo critério de validade. Haverá conflito quando mais de uma regra prever consequências distintas para uma mesma hipótese fática e não houver uma cláusula de exceção estabelecida por uma delas. Neste caso, fala-se que o conflito se resolve no plano da validade porque uma das regras necessariamente será preterida pela outra, com a consequência de sua declaração de invalidade e sua exclusão do ordenamento jurídico. Ou a regra se aplica totalmente ao caso concreto, ou então não se aplica.

Para os princípios jurídicos, porém, haverá colisão (não se fala mais em *conflito*, mas em *colisão*) quando mais de um deles prever soluções divergentes para uma mesma situação fática. Neste caso, Alexy afirma, na esteira de Dworkin, que

⁶⁰ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 90-91.

não há mais uma disputa no âmbito da validade, mas sim na dimensão do peso.⁶¹ Acerca desta diferente concepção de princípios como tendo dimensão de peso, aplicando-se a eles o sopesamento, enquanto regras como tendo dimensão de validade, aplicando-se a elas, por sua vez, a técnica do *tudo ou nada*, leciona, apoiando-se em Dworkin, Roberto Bin:

Faz-se por bem esclarecer em quais termos e a quais finalidades se pretende valer-se da contraposição entre 'regras' e 'princípios'. A linha distintiva é similar àquela traçada por Dworkin, o qual, como é sabido, distingue os dois 'standards' por sua diversa capacidade operativa enquanto premissas das sucessivas decisões aplicativas: as regras oferecem somente a alternativa entre a integral aplicação ou integral não aplicação, os princípios, diversamente, não se prestam a uma aplicação tão linear, porque em relação a estes se torna necessário considerar o 'peso', a 'dimensão' – fatores que se mostram de todo insignificantes quando se opera com regras, enquanto são determinantes no procedimento do balanceamento.⁶²(tradução nossa)

Em caso de colisão de princípios, como mencionado, haverá um mandamento de otimização para solucionar o caso concreto. Por meio desse critério de otimização, um princípio não será excluído do ordenamento jurídico por causa da colisão. O que há é o estabelecimento de uma ordem de precedência de um em relação ao outro, de modo a se tentar preservar a eficácia de ambos os princípios, por mínima que seja a do princípio preterido.

Em um primeiro momento, não há hierarquia de precedência entre um direito fundamental e outro. Para se estabelecer o critério de precedência de um princípio em face de outro, far-se-á necessária a análise de um dado caso concreto (o qual

⁶¹ Dworkin explica a diferença entre regras e princípios nas seguintes passagens: “A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distingue-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” O autor continua: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 39-42.

⁶² BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionali*, p. 9.

“Occorre chiarire in quali termini e a quali fini s'intende avvalersi della contrapposizione tra 'regole' e 'principi'. La linea distintiva è simile a quella tracciata da Dworkin, il quale, come è noto, distingue i due 'standards' per la loro diversa capacità operativa quali premesse delle successive decisioni applicative: Le regole offrono solo l'alternativa tra integrale applicazione o integrale disapplicazione, i principi, all'oposto, non si prestano ad un'applicazione altrettanto lineare, perché di essi diventa necessario considerare 'il peso', la 'dimensione' – fattori che appaiono del tutto trascurabili quando si opera con regole, mentre sono determinanti nella procedura di 'bilanciamento'”.

trará elementos fáticos e jurídicos específicos) de modo a se estabelecer as condicionantes aptas a identificar o critério para se definir qual princípio deverá ceder em relação ao outro ou, melhor dizendo, qual princípio terá a precedência em face do caso concreto. Realiza-se, pois, um sopesamento entre as *normas-princípios* colidentes, de forma a se chegar à *norma de direito fundamental atribuída*.⁶³ Para Alexy, “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido.”⁶⁴

Nem todo direito fundamental se traduz em um princípio. Para as disposições de direito fundamental, segundo a visão alexyniana, haveria as regras de direitos fundamentais, os princípios de direitos fundamentais e as normas de direitos fundamentais de caráter duplo. Tal duplicidade decorreria da prescrição dual de algumas normas, as quais têm ao mesmo tempo uma disposição com caráter definitivo (próprio das regras), e uma disposição que restringiria a amplitude desta mesma regra por meio da vinculação a uma atividade de sopesamento em face de um princípio contido na mesma norma que prescreve a regra jurídica.⁶⁵

Um exemplo de norma de direito fundamental de aspecto duplo, na qual haveria tanto uma prescrição normativa característica de regra como outra de caráter principiológico, poderia ser dada com a seguinte norma hipotética: “Todos os trabalhadores são livres para exercer a greve, observada a necessidade de preservação dos interesses públicos eventualmente prejudicados.” Vê-se que a primeira oração traz uma prescrição normativa com caráter de regra, na medida em que, se lida isoladamente, garante uma posição jurídica com caráter definitivo. Lendo-se a segunda oração da norma, porém, é possível perceber que há uma vinculação do intérprete em realizar um sopesamento entre o princípio da liberdade, o qual fundamenta a regra do livre exercício da greve, e o princípio da preservação do interesse público. A norma hipotética acima serve para ilustrar o que Alexy

⁶³ Acerca do conceito de norma de direito fundamental atribuída, ver ALEXY, Robert, *Op. cit.*, p. 69-76.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 102.

⁶⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 141-144.

entende como sendo uma norma de caráter duplo, nem totalmente regra nem totalmente princípio.⁶⁶

Um ponto problemático da teoria dos princípios de Alexy consiste na falta de uma resposta satisfatória ao problema da colisão entre uma regra e um princípio. Alexy desenvolve muito bem teoricamente as hipóteses de colisão entre princípios e os conflitos de regras. Porém, não trata claramente da situação em que uma regra colida com um princípio (segundo seu discípulo, Virgílio Afonso da Silva, o autor tratou do tema somente em duas notas de rodapé).⁶⁷ Resolver esse problema por meio da técnica do sopesamento não é possível, na medida em que aos princípios se aplica o mandamento de otimização, sendo que às regras, por sua vez, aplica-se a dimensão de validade. Como já foi visto neste trabalho, uma colisão de princípios se resolve, para a teoria de Alexy, por meio do sopesamento e do mandamento de otimização, sendo que o princípio preterido no caso concreto deverá ceder ao outro (que terá precedência) sem, contudo, perder a validade. No conflito de regras, por sua vez, a solução é encontrada por meio do afastamento da norma preterida, resultando, por conseguinte, na sua exclusão do ordenamento jurídico. O caso de colisão entre uma regra e um princípio não pode, pois, ser resolvido nem pela técnica do sopesamento, nem pela análise da validade. Na primeira hipótese, se em face de uma colisão se entendesse que o princípio deveria prevalecer diante do caso concreto, a regra preterida continuaria no ordenamento jurídico, na medida em que no sopesamento não se olha a dimensão da validade. Na segunda hipótese, como o critério adotado é o do *tudo ou nada*, arrimado no aspecto da validade da norma, se, em face do conflito, se constata que a regra deve prevalecer, o princípio, por consequência, deveria ser declarado inválido e excluído do ordenamento jurídico. Nenhuma das soluções, pois, pode ser aceita.⁶⁸

A resposta ao problema exposto acima parece ter sido dada por Alexy por meio de uma ficção segundo a qual não haveria um verdadeiro conflito entre um princípio e uma regra, mas sim um conflito entre dois princípios: o princípio colidente

⁶⁶ Para Alexy: “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 141.

⁶⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p.52.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 51.

e outro princípio no qual a regra se baseia. Far-se-ia, então, uma ponderação destes dois princípios para se chegar à solução. A solução encontrada por Alexy não é imune a críticas. Uma delas seria a de que em se adotando o sopesamento para a colisão entre um princípio e uma regra, a força de definitividade desta poderia ser relativizada, na medida em que o aplicador do direito poderia sempre, em face de uma regra, afastar a eficácia desta e recorrer ao princípio que a baliza. Isso acabaria por gerar insegurança jurídica. Virgílio Afonso da Silva entende que em casos como esses em que há choque entre uma regra e um princípio, a regra deve ser tomada como uma restrição a este princípio. Saber se a restrição é ou não válida é que será a tarefa do julgador ao resolver o caso concreto. Faz-se, pois, um juízo acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da regra jurídica de forma a saber se a restrição por ela imposta ao princípio é ou não constitucionalmente adequada.⁶⁹

Para Alexy, a distinção qualitativa estabelecida entre regras e princípios possibilita a harmonia do sistema jurídico como um todo. Para que haja um Direito viável, seguro e coerente, é preciso que as normas jurídicas convivam harmonicamente, submetendo-se o ordenamento jurídico à divisão em regras e princípios, divisão esta sem a qual não haveria para este qualquer viabilidade. O ordenamento jurídico, pois, deve ser visto como um sistema harmônico e interdependente no qual convivem normas diferentes, umas com caráter de regras outras com caráter de princípios. Para Canotilho, “a existência de regras e princípios [...] permite a descodificação, em termos de um constitucionalismo adequado, da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como um sistema aberto de regras e princípios.”⁷⁰

Um sistema jurídico composto unicamente de regras jurídicas seria inviável, assim como um outro composto unicamente de princípios. O ordenamento jurídico, para ser idôneo às situações que visa regular, deve ser organizado em um sistema harmônico em que convivam regras e princípios. Um direito no qual só há regras jurídicas, chamado por Alexy “*modelo puro de regras*”⁷¹, seria insustentável na medida em que neste, como toda norma teria em si pressuposta uma razão definitiva apta a regular o caso concreto, levar-se-ia à produção de infinitas normas-regras jurídicas, pois do contrário haveria lacunas intermináveis em face das infinitas

⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁷⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1162.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 123.

possibilidades fáticas que podem surgir no *mundo da vida*. Um sistema puro de regras, do qual a princípio poderia transparecer o aspecto de segurança jurídica tão almejada pelos positivistas, cairia em uma contradição, pois este não seria apto a regular as infinitas possibilidades fáticas existentes. Seria necessário que se produzisse continuamente, por meio da atividade legislativa, uma *norma-regra* específica a regular uma nova e determinada situação concreta, o que, por conseguinte, levaria a uma infinidade de normas e ao inchaço do ordenamento jurídico, com a consequência do esvaziamento da própria eficácia dessas normas, pois quanto mais normas jurídicas um sistema possui, menor será a força normativa e a eficácia delas⁷². Um modelo puro de regras jurídicas seria isento da técnica da ponderação e do sopesamento, na medida em que em eventual conflito entre tais normas, aplicar-se-ia somente o juízo validade, decidindo-se, quando do conflito, qual regra jurídica é inválida, a qual será excluída definitivamente do ordenamento jurídico. Alexy assim critica um tal modelo puro de regras:

Do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvida, a alternativa mais atraente. Os defensores do modelo puro de regras são aqueles que consideram que as normas de direitos fundamentais, por mais que possam ser carentes de complementação, são sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e são, nesse sentido, normas livres de sopesamento. Mesmo que no modelo puro de regras permaneça a complexa tarefa de interpretar as disposições de direitos fundamentais – por exemplo, por meio das velhas e consolidadas regras de hermenêutica jurídica –, nele se renuncia ao sopesamento, sobre o qual pesam tantas inseguranças. Isso já é suficiente para provocar um questionamento inicial acerca da aceitabilidade de um modelo puro de regras.⁷³

Por sua vez, a insustentabilidade do ordenamento jurídico não residiria somente quando houvesse um sistema exclusivo de regras. Um modelo puro de princípios jurídicos é tão insustentável como um modelo puro de regras. Tal insustentabilidade, porém, não se encontra mais na visão ultrapassada da velha hermenêutica, segundo a qual os princípios careciam de normatividade, visão esta já amplamente refutada, principalmente após os desenvolvimentos das teorias dos princípios, em especial por Ronald Dworkin e Robert Alexy.⁷⁴

A impossibilidade de um sistema puro de *normas-princípios* se daria porque a insegurança jurídica reinaria, na medida em que todo direito, por mais absurdo que

⁷² Ver CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*, p. 41.

⁷³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 258-259.

fosse, poderia ser assegurado, mesmo que em caráter *prima facie*. Não haveria direitos subjetivos definitivos, sendo que para a obtenção destes seria necessário que o pretendente ingressasse com uma ação judicial para que o órgão judiciário se manifestasse, mediante a análise de cada caso concreto, acerca da possibilidade ou não do direito definitivo. Seria necessário recorrer-se à técnica do sopesamento sempre que se deparasse com uma situação concreta a exigir resposta, na medida em que, como já foi exposto, princípios jurídicos contêm razões *prima facie*, e não definitivas. Não seria possível resolver as inúmeras colisões existentes por meio do critério de validade, sendo necessário que se ponderassem os princípios por ora colidentes para se resolver a situação apresentada, fato este que geraria uma demanda excessiva ao Poder Judiciário e, por consequência, uma situação de insustentabilidade e de insegurança jurídica.

Canotilho bem percebe as insuficiências decorrentes de um sistema no qual só haja regras jurídicas, bem como de outro constituído somente de princípios jurídicos, ao elucidar:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um sistema de segurança, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Correponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ factico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.⁷⁵

Um sistema jurídico, para ser completo e coerente, ou seja, apto e idôneo a dar respostas satisfatórias às situações concretas a serem reguladas, deve ser composto por normas que tenham estruturas de regras ou princípios, as quais se complementarão formando um todo harmônico e unitário de ordenamento jurídico constitucional. É o que defende Alexy, para o qual, seja o modelo puro de regras, seja o modelo puro de princípios, fracassam na medida em que, sozinhos, não

⁷⁵ CANOTILHO, J.J Gomes. *Op. cit.*, p. 1162.

conseguem regular efetivamente as hipóteses do *âmbito da vida*. É preciso que o sistema da ponderação de interesses e do sopesamento, quando da colisão entre princípios, conviva com a técnica da análise da dimensão da validade, quando se estiver diante de conflitos de regras.⁷⁶

Dentro desse sistema constitucional no qual devem conviver regras e princípios, a maioria dessas normas terá, essencialmente, a característica estrutural ou de uma *norma-regra*, ou de uma *norma-princípio*. Há aquelas normas, porém, como já se mencionou, que apresentam um duplo aspecto: não são nem unicamente regras, nem unicamente princípios. Para tais normas, como já visto neste trabalho, Alexy entende que haveria um caráter duplo, sendo ao mesmo tempo regras e princípios. Estas normas normalmente apresentam um comando definitivo (com estrutura de regras), mas trazem também uma hipótese de restrição, hipótese esta que exigirá um sopesamento para se saber se o direito vai ser restringido ou não.⁷⁷

3.2.3 A máxima da proporcionalidade

Alexy entende que para se chegar à razão *definitiva* para regulação da situação concreta, ou seja, para se chegar à norma de direito fundamental enquanto regra (norma atribuída), e não mais enquanto princípio (o qual, como visto, só é apto a gerar razões *prima facie*), far-se-ia necessária a recorrência às três máximas da proporcionalidade: a máxima da adequação, a máxima da necessidade e a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Tais máximas (observa-se) não foram criadas por Alexy, sendo que há tempos já são mencionadas tanto pela jurisprudência como pela doutrina alemã.

Alexy critica a definição dada a essas três máximas como sendo princípios, nomenclatura esta recorrente nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, o qual se utiliza dos termos *princípio da adequação*, *princípio da necessidade* e *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*. Para Alexy, tais máximas não são princípios, mas sim meios de se resolver uma colisão entre normas de direitos

⁷⁶ É o que afirma Alexy, o qual assim leciona: “Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 144.

⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 141-144.

fundamentais de forma a se chegar à norma definitiva, apta a regular a situação concreta.⁷⁸

O autor entende que enquanto as máximas da *adequação* e da *necessidade* trabalham no nível das possibilidades fáticas, a máxima da *proporcionalidade em sentido estrito* trabalha no nível das possibilidades jurídicas. Isso ocorre porque a *adequação* (escolha de um meio capaz de chegar a um resultado pretendido) e a *necessidade* (escolha de um meio que seja adequado e que traga menos gravames) devem ser aplicados com base nos dados fáticos do caso concreto, pois é por meio deles que a *adequação* e a *necessidade* deverão ser mensuradas. No âmbito da *proporcionalidade em sentido estrito* (etapa posterior ao exame da *adequação* e da *necessidade*), por sua vez, faz-se mister a recorrência aos elementos jurídicos envolvidos no caso concreto.⁷⁹ Para Alexy, a aplicação da *proporcionalidade em sentido estrito* nada mais é do que o sopesamento realizado quando da colisão de princípios, na medida em que esta máxima levará em conta as condições de precedência de um princípio ante o outro com o qual colide. O autor assim elucida:

Princípios são mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência do sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

[...]

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.⁸⁰

3.2.4 Teoria dos *princípios*: uma teoria dos *valores*?

Um ponto fundamental da teoria dos princípios de Robert Alexy consiste na diferenciação entre os conceitos de *princípios* e de *valores*. O autor alemão afirma que ambos estão intimamente ligados, sendo mesmo possível falar-se, sem cometimento de erro técnico, em *valores constitucionais*, *ponderação/sopesamento*

⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 116-117.

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 117-118.

⁸⁰ *Idem*, p. 117-118.

de valores, entre outras possibilidades nas quais o conceito de princípio poderia muito bem se encaixar. Porém, apesar da confusão da jurisprudência e da doutrina, as quais muitas vezes tomam como sinônimas tais ideias, a teoria dos princípios alexyana distingue taxativamente os conceitos.

Alexy, tomando a classificação proposta por Von Wright, distingue as concepções de *valores* e *princípios* incluindo estes na classificação dos *conceitos deontológicos* e aqueles nos *conceitos axiológicos*. Por *deontológicos*, entende-se “os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo.”⁸¹ Os princípios, na medida em que informam um mandamento de otimização, com estrutura de *dever ser*, fariam parte do *conceito deontológico*. Os valores, por sua vez, por determinarem se algo é ou não bom, pertenceriam aos *conceitos axiológicos*.

A distinção entre princípios e valores resulta como consequência da classificação acima. Uma coisa é falar que algo é um valor; outra coisa é falar que algo tem um valor. Nesta segunda hipótese, quando falamos que alguma coisa possui um valor, estamos realizando um *juízo de valor*, também chamado *valoração*. Por tal razão, é incorreto classificar os objetos como sendo valores. Os objetos possuem valor, mas não são valores. Valores seriam os critérios de valoração.⁸²

Com base nas distinções acima, Alexy continua a desenvolver seu raciocínio ao considerar que quando se realiza um juízo de valoração sobre um objeto, e que tal juízo deva se submeter ao sopesamento, estar-se-ia diante de um *critério de valoração*. Quando, por sua vez, por mera subsunção e adequação de um determinado requisito qualificativo a um determinado objeto, se é capaz de valorar tal objeto sem a necessidade de recurso ao sopesamento, estar-se-ia diante das *regras de ponderação*. Aos critérios de valoração estariam relacionados os princípios. Aos critérios de ponderação, por sua vez, estariam relacionadas as regras. Por tal motivo, surge daqui outra distinção importante entre regras e princípios: a diferença estrutural entre ambas as espécies normativas não se daria apenas no campo deontológico, mas também em âmbito axiológico.

Para Alexy, o modelo de valores vai estabelecer o que é bom ou ruim, de forma *prima facie* (antes de se realizar o sopesamento) ou definitiva (após o

⁸¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 145.

⁸² “Não são os objetos, mas os critérios de valoração que devem ser designados como valor. Isso está em concordância não apenas com considerações sistemáticas, mas com o próprio uso coloquial da linguagem. Ainda que soasse um pouco pomposo, não seria incorreto dizer que um dos carros está mais à altura do valor segurança que o outro; mas ninguém diria que um dos carros é um maior valor que outro.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 150.

sopesamento), enquanto o modelo de princípios, por sua vez, vai definir o que é ou não constitucionalmente devido. Daí porque, para Alexy, ser mais adequado falar-se, dentro do Direito, em uma *teoria dos princípios* do que em uma *teoria dos valores*. Apesar de estarem intimamente ligadas, é mais correto falar que algo é constitucionalmente devido do que falar que algo é constitucionalmente melhor. É o que explana Alexy, ao justificar sua escolha por uma teoria dos princípios e não por uma teoria dos valores:

O que se acabou de afirmar corresponde exatamente ao modelo de princípios. A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. No direito, o que importa é o que deve ser. Isso milita a favor do modelo de princípios.⁸³

3.2.5 As restrições aos direitos fundamentais na teoria dos princípios

Como já foi aqui adiantado, a teoria dos princípios de Robert Alexy se enquadra, como o próprio autor ressalta⁸⁴, nos pressupostos teóricos da teoria externa.

Para a teoria dos princípios de Alexy, toda restrição a uma norma de direito fundamental só pode se dar por meio de outra norma. Esta norma restritiva, por sua vez, precisa estar em conformidade com a constituição, pois do contrário não será apta a restringir o direito (quando muito, poderá ser tomada como uma intervenção).⁸⁵ Alexy entende também que para se restringir uma norma de direito fundamental, é preciso que a restrição se dê por outra norma de igual hierarquia constitucional, mesmo que tal restrição se faça de forma indireta pelo texto da constituição, por meio de uma norma infraconstitucional autorizada pela constituição a restringir disposições jusfundamentais. Quando é a própria norma constitucional que restringe um direito fundamental, estamos diante das restrições *diretamente*

⁸³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 153.

⁸⁴ “Se se parte do modelo dos princípios, o que é restringido não é simplesmente um bem protegido pela norma de direito fundamental, mas um direito *prima facie* garantido por essa norma. No modelo de princípios, portanto, é correto falar em restrições a direitos fundamentais. Por conseguinte, nesse modelo vale a teoria externa [...]” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 280.

⁸⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 281.

constitucionais. Quando, por sua vez, a constituição autoriza que uma norma de hierarquia inferior restrinja um princípio de direito fundamental, falamos em uma restrição *indiretamente constitucional*. Alexy explica a ideia:

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais.⁸⁶

As normas aptas a restringir um direito fundamental podem assumir tanto a estrutura de uma regra, quanto a de um princípio. Quando é a *norma-regra* que restringe, surge um *não-direito definitivo* restringindo um direito *prima facie*. Exemplifica-se isso com a norma do artigo 5º, XI, da Constituição brasileira de 1988, a qual dispõe:

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial;

Na norma acima, há a garantia, expressa em forma de princípio, da inviolabilidade de domicílio. A mesma norma, porém, já traz consigo as suas hipóteses de restrição, expressas por meio de regras. A um princípio que *prima facie* garante a inviolabilidade de domicílio, corresponde a regra que estabelece um *não-direito* definitivo de inviolabilidade de domicílio, nas hipóteses: de flagrante delito ou desastre; para prestar-se socorro; por determinação judicial, desde que realizada a entrada no domicílio durante o dia. Tem-se, pois, no exemplo acima, um direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, garantido *prima facie*, e um *não-direito* definitivo à inviolabilidade de domicílio, garantido por uma regra que restringe o citado direito ao estabelecer hipóteses em que é possível adentrar-se no domicílio sem o consentimento do morador. Pelo exposto, conclui-se que quando a um direito *prima facie* corresponde uma restrição definitiva (ou, como diz Alexy⁸⁷, um *não-*

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 286-286.

⁸⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 283.

direito definitivo), estamos diante de uma restrição a direito fundamental com estrutura de regra.

Não só as regras, porém, podem servir de restrições a direitos fundamentais. Os princípios também o podem. No caso de restrição estabelecida por um princípio, contudo, surge uma restrição *prima facie* (ou um *não-direito prima facie*) a um direito também garantido *prima facie*. Nas hipóteses de restrição estabelecidas por meio de princípios, far-se-á necessário o recurso ao sopesamento entre o princípio restritivo e aquele a ser restringido. Sem o sopesamento, não haverá um direito definitivo apto a restringir o direito fundamental, pois, como já foi visto, princípios só garantem posições *prima facie*, nunca posições definitivas. Para se chegar à restrição definitiva gerada por um princípio, é preciso que se extraia a regra resultante do sopesamento realizado entre tal princípio restritivo, de um lado, e o princípio que garante o direito fundamental, de outro. Só assim é possível saber qual será o *não-direito* definitivo ou, em outros termos, qual será a restrição definitiva ao direito fundamental.⁸⁸

⁸⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 284.

4 O SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para um correto estudo acerca dos fundamentos de limitação dos direitos fundamentais, a ser realizado por um processo de argumentação jurídica, bem como para se justificar tudo que foi dito a respeito das teorias interna e externa, faz-se mister introduzir o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais.

O estudo do suporte fático dos direitos fundamentais se mostra de premente importância na medida em que este estudo não consiste em mera divagação acadêmica, pois apresenta essencial importância para justificação dos processos decisórios. No contexto constitucional atual, qual seja o do paradigma do Estado Democrático de Direito, há a necessidade inerente a este contexto que pressupõe a motivação racional e a justificação de todas as decisões judiciais, as quais deverão ser realizadas não conforme o livre convencimento do juiz, como era antes da promulgação da Constituição de 1988, mas por um livre convencimento motivado (art. 93, inciso IX), justificado por meio de uma argumentação jurídica que leve em conta todas as exigências e necessidades demandadas pelo Estado Democrático de Direito e pelo decorrente pluralismo político.

Após a promulgação da Constituição de 1988, surgiu no Brasil a preocupação em se efetivar os direitos fundamentais nela contidos. O constitucionalismo brasileiro, até então, era centrado no estudo da organização dos Poderes, deixando de lado a atenção aos direitos fundamentais. Com a entrada em vigor da Carta de 1988, alcunhada por Ulisses Guimarães de “Constituição Cidadã”, o enfoque passa a se voltar à tentativa de dar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Para isso, foi necessário recorrer-se a uma dogmática até então inexistente entre os constitucionalistas brasileiros, centrada nas normas jusfundamentais, bem como foi necessário criar toda uma metodologia própria ao estudo destes direitos, coisa que, como já mencionado, não havia até então. Os juristas nacionais recorrem, na medida em que a temática é nova no Direito brasileiro, às sistematizações acerca da matéria propostas, principalmente pelos juristas alemães e, em escala menor, mas não menos importante, pelos juristas portugueses e espanhóis, visto que a elaboração da Constituição brasileira de 1988 se inspirou bastante nas Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), países estes que, à semelhança do Brasil, tinham acabado de passar por um processo de redemocratização que rompeu com

longas ditaduras. O salazarismo em Portugal e o franquismo na Espanha duraram cerca de 40 anos, sendo que a ditadura militar brasileira vigeu por 21 anos. Durante este período autoritário, a proteção aos direitos fundamentais praticamente inexistiu, sendo que os governos destes países e, por conseguinte, suas constituições, se voltavam quase que exclusivamente à ordem, à segurança nacional, ao fortalecimento do estado enquanto nação (na Espanha, Franco concentrou os poderes no governo central espanhol, abolindo a autonomia das regiões. No Brasil, por sua vez, os estados federados perderam muito de sua autonomia em face da União, comandada de forma centralizadora pelos militares).

Com a promulgação da Carta de 1988, portanto, o Brasil rompe com o período autoritário, no qual os direitos fundamentais tinham pequena, ou quase nenhuma, relevância. A Carta de 1988 reinsere o Brasil no rol dos estados democráticos, configurando sua inclusão no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, o qual visa, principalmente, a manutenção e o fomento dos direitos fundamentais não só do indivíduo, isoladamente considerado, mas da sociedade como um todo. Fez-se, com isso, necessário criar toda uma sistemática de estudo de um ramo outrora esquecido pela doutrina pátria, mas que agora assume papel central na dogmática jurídica nacional, qual seja, a doutrina dos direitos fundamentais. Saber qual é o suporte fático de um direito fundamental vai trazer consequências inúmeras para a interpretação e aplicação deste mesmo direito. A partir do suporte fático é que se determina a possibilidade ou não de suas restrições, as hipóteses de colisão e, por conseguinte, dos sopesamentos, o grau de eficácia e extensão de determinado direito fundamental. Enfim, a concepção de delimitação de uma norma jusfundamental é que irá determinar a própria efetivação e concretização desta norma. É o que explana Virgílio Afonso da Silva:

Ainda que, inicialmente, a caracterização do suporte fático possa parecer algo simples ou, ainda, despido de grandes consequências teóricas ou práticas, não é exatamente o que ocorre. Embora normalmente sem referência à expressão “suporte fático” ou a alguma teoria sobre ele, é comum que se pergunte se esse ou aquele ato, fato 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. Essa é – embora ainda superficialmente falando – uma discussão sobre a configuração do suporte fático dos direitos fundamentais. Assim, as consequências do que se entende por suporte fático e, sobretudo, de sua extensão são enormes e de vital importância na teoria e na prática dos direitos fundamentais. [...] A forma de aplicação dos direitos fundamentais – subsunção, sopesamento, concretização ou outras – depende da extensão do suporte fático; as exigências de fundamentação nos casos de restrição a

direitos fundamentais dependem da configuração do suporte fático; a própria possibilidade de restrição a direitos fundamentais pode depender do que se entende por suporte fático; a existência de colisões entre direitos fundamentais, às vezes tida como pacífica em muitos trabalhos e decisões judiciais, depende também de uma precisa determinação de suporte fático.⁸⁹

É neste contexto de uma premente necessidade e importância da sistematização dos estudos acerca dos direitos fundamentais, com vistas a dar-lhes a maior eficácia possível, que surge o interesse ao que se convencionou chamar de suporte fático dos direitos fundamentais, também chamado por alguns de âmbito de proteção destes direitos.⁹⁰

A ideia de suporte fático já é bem conhecida no Brasil pelos penalistas e tributaristas. No Direito Penal, são indispensáveis os conceitos de *tipo*, *tipicidade*, que nada mais são do que o suporte fático, ou seja, as hipóteses do *mundo da vida* que quando ocorridas se amoldam à prescrição da norma penal e geram, por este motivo, uma consequência jurídica prescrita pela norma jurídica penal, consequência esta que, no geral, será uma sanção. Quando se fala, pois, em Direito Penal, que algo é típico, quer-se dizer que uma hipótese concreta, ocorrida no mundo dos fatos, se subsume a uma norma penal sancionadora, com a consequência de que tal ação/omissão será sancionada pelo ordenamento jurídico segundo as consequências descritas pelo direito sancionador, a não ser que haja uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade, hipóteses em que o autor da situação fática (ação/omissão) não será punido.⁹¹

⁸⁹SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 67-68.

⁹⁰A conceituação de *suporte fático* e âmbito de proteção não é pacífica e uniforme entre os autores, sendo que muitos deles tomam os termos como distintos. Porém, há autores que não distinguem as acepções, tomando o suporte fático como sinônimo de âmbito de proteção. Felipe de Paula, acerca da controvérsia, explana: “Nesse âmbito, contudo, há nova divergência quanto ao momento de apresentar a formulação abstrata em suas categorias essenciais. O que para alguns configura o âmbito de proteção do direito para outros recebe o nome de suporte fático, não obstante ser possível verificar em quase todas as abordagens a presença de um substrato fático (para alguns objeto ou âmbito de proteção do direito fundamental) aliado a um delineamento jurídico (convencionado normalmente como sendo seu conteúdo). [...] As abordagens mais comuns – e também de longe as mais aceitas – nesse aspecto da teoria jusfundamental apontam para uma identificação entre, por um lado, o objeto e o âmbito de proteção do direito, enquanto elementos fáticos ou recortes da realidade constitucionalmente relevante, e, de outro lado, o conteúdo e os aspectos jurídico-normativos do direito propriamente dito, enquanto faculdades ou poderes jurídicos dali provenientes. Mas há nos autores, por certo, algumas peculiaridades.” PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, p. 50.

⁹¹Para o penalista Damásio de Jesus: “Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra) e é previsto na lei penal como infração. Assim, fato típico do homicídio é a conduta humana que causa a morte de um homem. Ex: A esfaqueia B, que vem a

No Direito Tributário, também, é corrente e antiga a utilização do que aqui se entende como suporte fático, que naquele ramo do Direito recebe o nome de *fato gerador* ou *hipótese de incidência*. Para o Direito Tributário, quando uma situação fática ocorre, se ela preenche a descrição da norma tributária de incidência e nesta se subsume, fala-se que houve o fato gerador, com a consequência da exação tributária, exação esta que será devida pelo contribuinte, a não ser que haja uma hipótese de imunidade ou isenção.⁹²

A investigação e o interesse pelo suporte fático, correspondendo este ao âmbito de incidência, apesar de estar presente há tempos no Direito Tributário e no Direito Penal, vem sendo encarada como indispensável pelos constitucionalistas apenas recentemente. Esse interesse, entre os que se dedicam ao estudo do Direito Constitucional, quanto à sistematização do conceito de suporte fático neste ramo do direito, se deve ao que foi mencionado acima acerca da importância que a correta concepção do alcance do suporte fático dos direitos fundamentais desempenha para a concretização dos mesmos. Sobre a até então ausência de interesse pelo estudo da matéria pelo Direito Constitucional brasileiro, cola-se o entendimento de Virgílio Afonso da Silva:

Suporte fático é um conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro. No campo jurídico seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal, no âmbito do qual é também chamado de tipo; ao direito tributário, em que costumam ser preferidas as expressões fato gerador e hipótese de incidência; e ao direito civil. Sobretudo entre os civilistas influenciados por Pontes de Miranda.

Por que o conceito de suporte fático quase sempre passou ao largo do direito constitucional brasileiro? Parece-me ser, aqui, possível formular uma hipótese, baseada em duas variáveis. De um lado, porque o direito constitucional brasileiro, sobretudo o anterior à constituição de 1988, sempre foi um direito constitucional da organização estatal, da organização dos poderes, ao menos um direito constitucional dos direitos fundamentais.⁹³

morrer em consequência das lesões. O fato se enquadra na descrição legal simples do art. 121 do CP: 'Matar alguém'. JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 196-197.

⁹²Kiyoshi Harada assim explica o conceito de fato gerador: "[...] obrigação tributária só pode resultar de lei. É a lei que elege certos fatos econômicos, aptos a suportar a imposição fiscal, como veículo de incidência tributária. Determinados fatos são abstratamente descritos na lei, tornando-se, assim, juridicizados, isto é, aptos a gerar efeitos assim que concretizados no mundo fenomênico. [...] Costuma-se definir o fato gerador como uma situação abstrata, descrita na lei, a qual, uma vez ocorrida em concreto enseja o nascimento da obrigação tributária. Logo, essa expressão fato gerador pode ser entendida em dois planos: no plano abstrato da norma descritiva do ato ou do fato e no plano da concretização daquele ato ou fato descritos." HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, p. 477-478.

⁹³SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 65-66.

Além de ser um objeto de interesse relativamente novo ao Direito Constitucional brasileiro, carecendo, pois, de doutrina consolidada a respeito do tema, o estudo acerca dos suportes fáticos dos direitos fundamentais ainda traz a dificuldade que consiste em definir-se o seu conteúdo. No Direito Penal e no Direito Tributário, é relativamente fácil estabelecer-se a definição e o alcance do suporte fático regulado pela norma. Quando se fala que quem auferir rendimentos determinados deve pagar imposto de renda, identifica-se facilmente o suporte fático da norma impositiva da exação tributária sobre a renda, o qual corresponderá ao fato de auferir-se determinada renda em determinado período. Quando se diz também que quem subtrai coisa alheia móvel sem violência ou grave ameaça comete furto, identifica-se precisamente e sem muito problema qual será o suporte fático da norma penal sancionadora descrita no artigo 155 do Código Penal, correspondendo ao ato de furtar algo de outrem. Quanto ao Direito Constitucional, dando-se atenção aqui aos direitos fundamentais, a identificação do suporte fático destes direitos se revela muito mais problemática, na medida em que as normas que prescrevem direitos e garantias fundamentais apresentam conteúdo de difícil identificação, por não apresentarem de forma taxativa e precisa as hipóteses fáticas sobre as quais irão incidir. Quando se fala, por exemplo, em direito à liberdade, as possibilidades fáticas do *mundo da vida* aptas a se enquadrarem no âmbito temático deste direito são inúmeras, dado à amplitude semântica que o conceito de *liberdade* apresenta. Sobre o tema, assim afirma Virgílio Afonso da Silva:

Ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito – sobretudo no direito penal –, a definição do que seja suporte fático a partir da redação dos dispositivos constitucionais que garantem direitos fundamentais é algo bastante contra-intuitivo. Como foi visto acima, em definição ainda preliminar, o preenchimento do suporte fático de uma norma é condição para que a consequência jurídica possa ocorrer. No caso das disposições de direito penal – como, por exemplo, aquela que veda o homicídio – a definição do suporte fático é razoavelmente simples. O art. 121 do código penal, por exemplo, dispõe: *Matar alguém: Pena – reclusão de seis a vinte anos*. Para que a consequência jurídica possa ocorrer é necessária apenas a ocorrência daquilo que o dispositivo descreve, ou seja, que alguém seja morto por outra pessoa.

Muito diferentes são as disposições que consagram direitos fundamentais. Como definir o suporte fático de normas como as que garantem a igualdade, a liberdade de expressão ou o direito à privacidade?⁹⁴

⁹⁴SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 70.

Em consequência do que foi dito acima, mostra-se premente a necessidade de uma correta compreensão e sistematização acerca do suporte fático dos direitos fundamentais, tendo-se em vista que a forma como todo o processo de aplicação e concretização de uma norma jusfundamental dependerá da maneira como é entendido o seu suporte fático.

4.1 Conceituação de suporte fático

Virgílio Afonso da Silva, ao trazer o conceito de suporte fático, o divide em duas espécies: a) o suporte fático concreto, que corresponderia aos fatos ocorridos no *mundo da vida*, aos quais uma determinada norma jurídica, quando a eles subsumida, atribui determinada consequência; b) o suporte fático abstrato, este correspondendo à própria norma jurídica a regular uma dada situação concreta ocorrente no mundo fático.⁹⁵

Alguns autores, ao invés de usar o termo *suporte fático*, preferem falar em *âmbito de proteção*, a significar a realidade fática apta a ser regulada por determinada norma. Friedrich Müller, como se verá no próximo capítulo, prefere falar em *âmbito da norma* ou, tratando-se da extensão dela em face da realidade do mundo da vida, o autor alemão se utiliza da expressão *alcance material* da norma. Neste trabalho, utilizar-se-ão os termos citados acima como sinônimos, os quais significarão o recorte da realidade fática passível de ser regulado por uma norma de direito fundamental, dada a correspondência temática desta realidade com o conteúdo normativo desta norma.

⁹⁵É o que menciona o autor na seguinte passagem: “Uma primeira distinção importante, quando se fala em suporte fático, é aquela entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto. Suporte fático abstrato é o formado, em linhas gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo 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. Suporte fático concreto, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 67-68.

4.1.1 O suporte fático dos direitos fundamentais na visão de J.J. Gomes Canotilho

Canotilho utiliza a terminologia *âmbito de proteção*, que para ele nada mais seria que o recorte da realidade social inerente a uma determinada norma de direito fundamental.⁹⁶ O autor português, porém, separa o que entende por *âmbito de proteção* daquilo que seria o *conteúdo juridicamente garantido*. O *âmbito de proteção* refere-se a tudo aquilo que tenha, no mundo fático, relação temática com o direito fundamental. O direito à inviolabilidade de domicílio, pois, teria como âmbito de proteção o domicílio. Por outro lado, haveria o que o autor chama de *conteúdo juridicamente garantido*, o qual se refere à parcela da realidade efetivamente protegida pela norma jusfundamental. No exemplo do direito à inviolabilidade de domicílio, enquanto o *âmbito de proteção* da norma se refere ao domicílio, o *conteúdo juridicamente garantido* protege as situações aptas a serem garantidas e protegidas efetivamente pela norma. Veja-se o caso da norma do artigo 5º, inciso XI, a qual garante o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio. Para Canotilho, o âmbito de proteção deste direito corresponderia a todos os domicílios do país. Porém, a proteção de sua inviolabilidade só é dada plenamente quando não houver ordem judicial, desastre, flagrante delito, necessidade de socorro, hipóteses em que poderá haver penetração no ambiente domiciliar mesmo sem o consentimento do morador. O conteúdo juridicamente garantido do direito fundamental seria, pois, no caso exemplificado, a parcela da realidade efetivamente protegida pelo direito.⁹⁷ A ideia do autor lembra muito, aqui, o conceito alexyano de direitos fundamentais protegidos *prima facie* (que corresponderiam ao que Canotilho entende ser o *âmbito de proteção*) e direitos fundamentais protegidos *definitivamente* (os quais

⁹⁶ *In verbis*: “Os direitos fundamentais têm como referente (‘referem-se’, ‘dizem respeito a’) determinados sectores (âmbitos, domínios) da realidade social. É fácil compreender esta ideia: o direito à vida tem como referente a vida humana; a liberdade de criação artística refere-se à arte; o direito à inviolabilidade de domicílio e de correspondência diz respeito ao domicílio (‘habitação’, ‘casa’) e à comunicação (escrita, oral, telefônica, informática). Ao articularmos um direito fundamental com determinado âmbito da realidade social estamos a ‘descrever’, em termos materiais, o âmbito de proteção de um direito fundamental. Neste sentido se diz que os ‘âmbitos da vida’ (‘os domínios da realidade’) abrangidos ou compreendidos pelos direitos fundamentais valem como âmbito de proteção desses mesmos direitos.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 448-449.

⁹⁷ Segundo Canotilho: “Não basta [...] dizer que a vida, a arte, o domicílio, são domínios materiais a que se refere o âmbito de proteção dos respectivos direitos fundamentais. Temos de saber como e em que medida esses domínios ou âmbitos materiais são jurídico-constitucionalmente protegidos. Uma coisa é dizer que o domicílio é o referente do direito à inviolabilidade de domicílio; outra coisa é recortar, em termos jurídicos, o conteúdo juridicamente garantido desse direito.” Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 449.

corresponderiam, para o autor português, ao *conteúdo juridicamente garantido*), É claro que não se pode aqui fazer uma ilação direta entre Canotilho e Alexy, na medida em que enquanto este é um partidário da teoria externa e dos suportes fáticos amplos, aquele pode se enquadrar numa teoria híbrida, com fundamentos tendentes tanto aos pressupostos da teoria interna quanto da teoria interna (Canotilho, diga-se é mais tendencioso à teoria interna, apesar de mitigar alguns de seus pressupostos básicos).

Canotilho sustenta que a diferenciação entre o *âmbito de proteção* e o *conteúdo juridicamente garantido* de um direito só poderá ser estabelecida pela atividade jurídica de mediação em face das possibilidades do *mundo da vida*. Uma norma jurídica, portanto, não pode ter seu *conteúdo juridicamente protegido* definido de forma geral e abstrata, sendo preciso que a atividade de mediação jurídica afunile a fase de descrição normativa (*âmbito de proteção*) rumo ao direito definitivo apto a ser aplicado concretamente, atingindo-se o seu conteúdo definitivo. É o que afirma Canotilho, na seguinte passagem:

A diferenciação entre o *momento descritivo* e o *momento normativo* do âmbito de proteção aponta já para a necessidade de uma distinção clara entre *âmbito de proteção* e *conteúdo juridicamente garantido*. O conteúdo juridicamente protegido não pode fixar-se para cada direito de forma geral e abstracta. Pelo contrário: para cada direito impõe-se um específico *trabalho de mediação jurídica*.⁹⁸

Vê-se, pelo que foi exposto nas linhas acima, que Canotilho defende os direitos fundamentais como possuidores de um suporte fático restrito. Para o autor, de uma norma que prescreve um direito fundamental, não é possível se retirar em abstrato todas as hipóteses fáticas aptas a se subsumirem em seu conteúdo e, portanto, passíveis de serem protegidas por este direito. Para se saber se dada situação fática é ou não protegida por determinada norma jusfundamental, é preciso uma atividade de mediação a ser realizada pelo legislador (legislador aqui tomado em sentido amplo, abrangendo a atividade de criação de normas não só pelo Poder Legislativo, mas também, de forma atípica, pelos Poderes Judiciário e Executivo), por meio das restrições, ou pelo juiz, em face de um determinado caso concreto. Vê-se que Canotilho rejeita os pressupostos da corrente dos suportes fáticos amplos, na medida em que, para o autor português, a prescrição da norma não é capaz de

⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 449.

definir, por si só, as hipóteses concretas que irá regular. Para se identificar quais são estas hipóteses aptas ou não a serem protegidas ou rejeitadas pela norma, faz-se mister o recurso ao caso concreto, a ser realizado pelo julgador.

4.1.2 Âmbito de proteção e suporte fático dos direitos fundamentais

Virgílio Afonso da Silva, à semelhança de Canotilho, estabelece uma diferenciação entre o *âmbito de proteção* e o *suporte fático* dos direitos fundamentais. Como já foi visto nas linhas acima, Canotilho entende que os direitos fundamentais possuem um *âmbito de proteção*, que corresponderia ao *tema* proposto pelas normas garantidoras destes direitos, e um *conteúdo juridicamente garantido*, o qual seria aquilo que a norma efetivamente protege. Para se chegar a este *conteúdo juridicamente garantido*, Canotilho entende ser necessária a atividade de *mediação jurídica*, na qual o conceito de *restrição de direitos* desempenhará papel de extrema relevância para revelar o que está ou não de fato protegido por determinada norma de direito fundamental.⁹⁹

Para Virgílio Afonso da Silva, o suporte fático dos direitos fundamentais não pode ser confundido com seu âmbito de proteção. Este, para o autor, seria aquilo que é protegido pelo direito fundamental, correspondendo a tudo aquilo que tenha relação temática com o conteúdo deste direito. O conceito de *âmbito de proteção* abarca várias situações do *mundo da vida*, na medida em que “atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito.”¹⁰⁰

O suporte fático, pois, não deve ser confundido com o âmbito de proteção, na medida em que aquele seria a soma deste com a *intervenção estatal* porventura existente. Para se chegar ao suporte fático de dado direito fundamental, segundo o autor, é preciso verificar o que é protegido por este direito e sua relação com o fator que limitará esta proteção (intervenção estatal). O conceito de suporte fático só resta

⁹⁹*In Verbis*: “[...] o conteúdo juridicamente garantido está estritamente associado às ‘mediações jurídicas’ feitas em torno de um direito fundamental em concreto. Nesta problemática de mediações jurídicas vêm entroncar delicadas questões de metódica e metodologia jurídica que vão desde problemas de interpretação e concretização de textos normativos até à ponderação de direitos em situação de conflito. Neste momento, interessa-nos uma importantíssima forma de mediação jurídica: a restrição de direitos.” Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 450.

¹⁰⁰SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 72.

completo quando, sobre um determinado direito fundamental possuidor de determinado âmbito de proteção, ocorre uma intervenção estatal. É o que nos diz o autor na seguinte passagem:

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 a configuração do 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.¹⁰¹

Alexy, jurista do qual Virgílio Afonso é discípulo, estabelece uma distinção entre o suporte fático das normas permissivas e o suporte fático das normas de defesa. Para o autor alemão, no caso das normas permissivas, o suporte fático corresponderá exatamente ao âmbito de proteção desta mesma norma. Na norma permissiva, a intervenção estatal e a restrição porventura existentes não influenciarão no conteúdo *prima facie* do direito. Segundo Alexy:

No âmbito dos direitos fundamentais as normas permissivas são aquelas que oferecem menos dificuldades no que diz respeito aos conceitos de suporte fático e de âmbito de proteção.

[...] Suporte fático e âmbito de proteção coincidem totalmente: aquilo que é incluído no suporte fático é incluído também no âmbito de proteção. E há ainda outra congruência: é possível definir a cooptação religiosa com um 'bem protegido' da norma mencionada.¹⁰²

Em se tratando de normas que garantem um direito de defesa, por sua vez, o suporte fático deste direito não deve, para Alexy, corresponder ao seu âmbito de proteção. Um direito de defesa pressupõe, para definição de seu próprio conteúdo, que haja a intervenção estatal. Não há direito de defesa sem que antes haja uma intervenção estatal ou, *mutatis mutandi*, um direito de defesa nasce sempre como decorrência de uma necessidade de defesa em face de uma atividade interventiva do estado. Por esta razão, os direitos de defesa também são chamados de direitos negativos, pois visam a garantir uma abstenção por parte do estado em se imiscuir na esfera privada do indivíduo.

¹⁰¹SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 71.

¹⁰²ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 302-303.

Em decorrência do que foi aqui exposto acerca dos direitos de defesa, vê-se que não se pode falar destes sem recorrer à inerente ideia de intervenção estatal. Para Alexy, como se viu, o suporte fático das normas permissivas corresponde exatamente ao seu âmbito de proteção, isso porque a intervenção estatal e a restrição ao direito não influem em nada no conteúdo *prima facie* garantido pela norma. Para as normas de defesa, por sua vez, só se pode chegar à definição do seu suporte fático quando se conjuga simultaneamente o seu âmbito de proteção com as possíveis restrições e intervenções estatais, na medida em que o próprio conteúdo *prima facie* de um direito fundamental negativo (de defesa) irá depender de correlatas restrições e intervenções estatais a que estará submetido. Decorre disso que, para Alexy, o suporte fático dos direitos de defesa corresponde à soma do âmbito de proteção destes mesmos direitos com as intervenções estatais e as restrições a eles inerentes. A extensão da proteção *prima facie* de uma norma jusfundamental dependerá da abrangência de seu âmbito de proteção e do grau de intervenção estatal em relação a esta norma.¹⁰³ Cola-se aqui, quanto ao tema, as palavras do autor alemão:

A ideia do conceito de suporte fático como um conceito contraposto ao conceito de restrição tem como tarefa abranger todos os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica *prima facie*. No caso das normas que garantem direitos de defesa essa tarefa só pode ser satisfeita por meio de um suporte fático que, diferente do que ocorre no caso das normas permissivas simples, seja composto por dois elementos: o bem protegido e a intervenção. Um tal suporte fático deve ser chamado de suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção.

A necessidade de que o conceito de intervenção seja incorporado ao conceito de suporte fático é demonstrada também 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.

A necessidade de que o conceito de intervenção seja incorporado ao conceito de suporte fático é demonstrada também pelo fato de que a abrangência da proteção *prima facie* depende, em igual medida, da

¹⁰³ Para Alexy, o suporte fático dos direitos fundamentais pode ser definido como o conjunto de condições aptas a fazer com que a norma jusfundamental produza suas consequências jurídicas. Segundo o autor: “A consequência jurídica de uma norma é produzida quando todas as suas condições são satisfeitas. É possível construir um conceito de suporte fático do direito fundamental que abarque a totalidade das condições para uma consequência jurídica definitiva desse direito. Esse conceito de suporte fático do direito fundamental deve ser denominado ‘suporte fático em sentido amplo’. No interior do suporte fático em sentido amplo é necessário distinguir entre o suporte fático em sentido estrito, que é aquilo que até agora foi chamado simplesmente de ‘suporte fático’, e a cláusula de restrição. [...] 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.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 307-308.

extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção.¹⁰⁴

Gilmar Ferreira Mendes, apesar de discordar em muitos pontos da obra de Alexy, entende que a definição do âmbito de proteção de um direito fundamental deve ser entendida não só como o objeto de proteção previsto na norma, mas também tomando-se por base as hipóteses de intervenções e restrições a este direito.¹⁰⁵ Segundo Gilmar Mendes, “muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.”¹⁰⁶ O autor, contudo, ao contrário de Alexy, toma como sinônimos os conceitos de âmbito de proteção e suporte fático.

Para Gilmar Mendes, pois, a definição do âmbito de proteção depende de duas variáveis: a) definição dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção; b) identificação das restrições porventura existentes.¹⁰⁷

Virgílio Afonso da Silva faz uma ressalva importante em relação à sua ideia de suporte fático como sendo a soma do âmbito de proteção da norma com as possíveis restrições estatais. O autor entende que esta definição de suporte fático é incompleta, por desconsiderar mais um elemento imprescindível à conceituação do suporte fático, qual seja, a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção estatal.¹⁰⁸ Para Virgílio Afonso da Silva, se há uma fundamentação constitucional a autorizar a intervenção estatal em determinado direito fundamental, estar-se-á diante de uma restrição a este direito, não se consumando, dessa forma, a completa identificação de seu suporte fático. Só se pode falar em suporte fático, pois, quando for possível a visualização simultânea do âmbito de proteção, das possíveis intervenções estatais e da ausência de fundamentação constitucional para

¹⁰⁴ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 302-303.

¹⁰⁵É o que afirma o autor, na seguinte passagem: “Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (o que é efetivamente protegido?: Was ist (eventuell) geschützt?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist (eventuell) geschützt?*). MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos individuais e suas limitações: Breves reflexões.* (in) *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 211-212.

¹⁰⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 211-212.

¹⁰⁷Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 212-213.

¹⁰⁸Felipe de Paula percebe essa diferença na proposta de Virgílio Afonso, o que diferencia a proposta deste autor, neste ponto, daquela defendida por Alexy. Segundo Felipe de Paula, “o professor ainda ressalva como último ponto, embora de maneira já isolada, a necessária inclusão de um terceiro elemento a oferecer fechamento rígido ao círculo conceitual: trata-se da ausência de fundamentação constitucional para a intervenção, já que se a mesma for constitucionalmente fundamentada não há verdadeiramente ocorrência apta a ativar a consequência jurídica prevista.” PAULA, Felipe. *Op. cit.*, p. 53.

estas intervenções, na medida em que, em sendo ausente tal fundamentação, a restrição resta indevida (diga-se, inconstitucional) e não será apta a limitar o alcance da norma jusfundamental, não podendo dar ensejo às consequências jurídicas da norma que garante o direito.¹⁰⁹

Nas linhas acima, vê-se a caracterização que alguns autores estabelecem acerca do conceito de suporte fático, sendo que para alguns este se confunde com a noção de âmbito de proteção, mas para outros doutrinadores a figura do âmbito de proteção nada mais seria que um dos vários elementos que compõem o suporte fático dos direitos fundamentais. Não há, pois, unanimidade doutrinária sobre a identificação do que seja o suporte fático das normas jusfundamentais, variando conforme o entendimento e a filiação dos respectivos autores.

Uma distinção importante que surge quando se fala em suporte fático dos direitos fundamentais, além das contendas acerca de sua própria definição e dos elementos que o compõem, diz respeito a se definir se os direitos fundamentais possuem um suporte fático restrito, ou por outro lado, se teriam um suporte fático amplo. Esta distinção é muito importante na medida em que toda a consequente argumentação jurídica envolvida na justificação constitucional das restrições aos direitos fundamentais, bem como nas decisões judiciais, irá depender da filiação a uma corrente, seja à dos suportes fáticos amplos, seja à dos suportes fáticos restritos. Nas próximas linhas, desenvolver-se-á melhor a distinção entre as teorias restritivas e ampliativas do suporte fático.

4.2 Suporte fático restrito dos direitos fundamentais

A concepção de que o suporte fático dos direitos fundamentais é restrito apresenta íntima relação com a teoria interna, apesar desta relação não ser necessária. Quando se toma o suporte fático dos direitos fundamentais em sua visão restrita, pensa-se no conteúdo e na extensão da norma como passíveis de serem identificadas de antemão, *a priori*, sem que seja necessário recorrer-se a cotejos com possíveis intervenções sobre o direito fundamental ou restrições em face de um

¹⁰⁹Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op .cit.*, p.74.

caso concreto. Essa ideia de determinação *a priori* do alcance da norma jusfundamental, própria da concepção teórica do suporte fático restrito dos direitos fundamentais, se assemelha, neste ponto, à premissa básica da teoria interna, qual seja, a de que os direitos fundamentais e seus limites já estão determinados na própria norma, bastando ao intérprete declarar o conteúdo e o alcance da mesma, sem que seja necessário recorrer-se a fatores externos.¹¹⁰ Virgílio Afonso da Silva assim resume os pressupostos da concepção restritiva do suporte fático:

Independentemente das estratégias argumentativas, toda teoria que se baseia em suporte fático restrito para os 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.¹¹¹

Os autores que defendem o suporte fático restrito dos direitos fundamentais, por consequência do que foi dito acima, não aceitam a distinção alexyniana que separa a garantia de proteção de uma norma fundamental em dois momentos distintos, como já se viu em linhas anteriores: a) o momento *prima facie* – o qual protegeria e abrangeria toda a realidade fática e jurídica que tivesse relação temática com o direito fundamental, por mínima que fosse tal relação; b) o momento definitivo, correspondente à fase em que a norma de direito fundamental pode ter plena eficácia para regular um caso concreto, eficácia definitiva esta que só pode se dar após a realização da atividade de ponderação de interesses e sopesamento, a serem realizadas quando da colisão de princípios jusfundamentais surgida em face de um caso concreto. Neste ponto, à semelhança do que se dá também na teoria interna, os autores defensores do suporte fático restrito dos direitos fundamentais entendem que a delimitação do âmbito de proteção da norma jusfundamental é estabelecida de antemão pelo próprio programa da norma e pelo âmbito da norma (expressões estas utilizadas por Friedrich Müller para descrever a realidade normativa).¹¹²

¹¹⁰É o que afirma Felipe de Paula, na seguinte passagem: “De maneira geral, e embora não sejam essas relações necessárias, é possível afirmar que teorias restritivas de suporte fático dialogam com a teoria interna, em cuja categoria tipológica mais usual ou extrema é possível delimitar o objeto ou o conteúdo de um direito *a priori*; fala-se, aqui, dentro da categorização proposta, de limites, de posições jusfundamentais definitivas e de configuração do direito.” PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 53-54.

¹¹¹SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 94.

¹¹²Cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. p. 203.

A corrente que apoia o suporte fático restrito dos direitos fundamentais parte da premissa segundo a qual haveria hipóteses fáticas e jurídicas que não poderiam entrar de maneira alguma na esfera de proteção de dada norma de direito fundamental. Poder-se-ia, pois, de antemão e em face de uma interpretação da norma (sem necessidade de recorrer-se a sopesamentos e ponderações de interesses em face da colisão com outras normas jusfundamentais) determinar as situações fáticas e os modos de exercício de um direito que estão ou não abrangidos pelo conteúdo da norma. Tal exclusão realizada *a priori* pode ser determinada pela mera intuição acerca do que corresponde e não corresponde ao que a norma pretende regular. O bom senso do intérprete seria capaz de declarar o conteúdo e o alcance da norma, identificando as hipóteses fáticas e jurídicas que estão ou não na esfera do alcance material (utilizando-se novamente de uma expressão de Friedrich Müller) da norma de direito fundamental.¹¹³ Sobre o tema, assim leciona Felipe de Paula:

As concepções de suporte fático restrito dos direitos fundamentais mais típicas caracterizam-se por afastar de plano do âmbito de proteção da norma algumas ações, condutas ou meios de exercício do direito. Trata-se de uma exclusão *a priori*, que se consagra com a não proteção de determinadas hipóteses subsuntivas e com o estabelecimento de limites que configuram ou delimitam o suporte fático do direito.

Essa delimitação é, para parcela significativa 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.

O trabalho jurídico dogmático assentado nessas bases teria como vantagem imediata permitir a exclusão apriorística de determinadas condutas, tidas pela doutrina majoritária como evidentemente absurdas, de qualquer âmbito de proteção jusfundamental, sem a necessidade de se recorrer a ferramentas como a ponderação.¹¹⁴

O problema que surge daí, ou seja, da tentativa de estabelecer-se de antemão o que é ou não abarcado pelo direito fundamental, consiste no fato de que

¹¹³ Calil de Freitas entende ser adequada a utilização da teoria interna “a fim de que do possível âmbito de proteção inicialmente projetado se excluam, desde logo, por um lado toda e qualquer hipótese fática que não permita o estabelecimento de uma mínima conexão lógico-racional com o provável conteúdo do direito fundamental em questão e, por outro, todas aquelas hipóteses fáticas que configurem evidente e considerável afronta a qualquer direito fundamental ou a bem constitucionalmente protegido por elas representado. Aí estarão, a princípio, configurados o conteúdo e os limites prováveis do direito fundamental.” FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 225.

¹¹⁴ PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 54.

o método funciona bem para excluir situações nitidamente absurdas, as quais nenhum ser humano, em seu juízo normal e por razões de bom senso, consideraria passíveis de proteção. Utiliza-se o exemplo clássico de Müller, o qual ilustra uma situação que nitidamente está fora do alcance do âmbito de proteção do direito fundamental: um artista que queira pintar um quadro no meio de um cruzamento de uma avenida movimentada não estaria exercendo uma atividade protegida pelo direito da livre manifestação artística, na medida em que está pondo sua vida e a de terceiros em risco. Outros exemplos podem aqui ser dados, como a exclusão dos sacrifícios humanos em cultos religiosos, os quais não estariam abarcados no âmbito de proteção da liberdade religiosa; apologia de extermínio de homossexuais também seria um exemplo que não poderia ser abrangido na esfera de proteção dada pela liberdade de livre manifestação do pensamento. O jurista português Vieira de Andrade (muito embora este autor não possa ser considerado como defensor de uma teoria purista de suporte fático restrito, alinhando-se mais a uma corrente híbrida),¹¹⁵ seguindo o que foi exposto, entende que certas situações são por demais absurdas para serem abrangidas pelo suporte fático de um direito fundamental, devendo ser de antemão excluídas de seu âmbito de proteção. É o que afirma o autor nas seguintes linhas:

Por exemplo, poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? 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 invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de religião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa ou para que Portugal faça pressão para o reconhecimento do estatuto de preso político aos membros do IRA?

Nestes, como em muitos outros casos, não se deve falar propriamente de um conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais. É que se trata de algo mais ou de algo menos que isso. É o preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações.¹¹⁶

¹¹⁵ PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 55.

¹¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 276-277.

Ocorre, e isso é uma falha apontada pelos detratores da teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais, que esses exemplos representam situações extremas que a própria noção de dignidade da pessoa humana rechaça por razões óbvias. Há situações, porém, e aqui vem a crítica à teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais, que não são tão óbvias assim, estando em uma zona *grise* e intermediária do bom senso, sendo que para uma pessoa poderiam ser consideradas como aceitáveis e, para outra, inaceitáveis, a depender da formação e do senso moral de cada um. Ninguém hoje, por exemplo, defenderia, em um estado democrático de direito como o nosso, o extermínio de judeus ou homossexuais (fato este que tentou ser consumado à época da Alemanha nazista). Tal fato, por óbvio, não estaria abarcado, para os defensores do suporte fático restrito, no âmbito de proteção do direito à livre manifestação do pensamento. Porém, outro exemplo menos extremo apresentaria dificuldade por não representar uma afronta tão clara à dignidade da pessoa humana. Exemplo: poderia se enquadrar ou não para alguns no âmbito de proteção do direito à igualdade entre casais homossexuais e heterossexuais o caso de adoção de criança por aqueles, fato este muito discutido atualmente nos meios populares, jurídicos e intelectuais. Este último exemplo pode ser defendido ou rechaçado, com bases teóricas e morais aceitáveis, por pessoas de bom senso, sem que recebam a pecha de extremistas. O caso do aborto, por exemplo, é defendido por muitos com argumentos racionais e repudiado por outros, com argumentos igualmente racionais, contando ambas as posições com defensores e detratores de renomados nomes no campo intelectual brasileiro, sendo que não haveria uma unanimidade objetiva a enquadrar a prática do aborto como ato excluído ou aceito pelo âmbito de proteção do direito fundamental à vida, não sendo possível apontar uma posição ou outra como absurda.

Nos exemplos acima, em que não há possibilidade de uma identificação clara e objetiva acerca do seu pertencimento ou não ao suporte fático do direito fundamental, a teoria restritiva do suporte fático encontra o principal ponto para o ataque de seus opositores, para os quais só seria possível e coerente aceitar os direitos fundamentais como possuidores de um suporte fático amplo.

Os defensores do suporte fático restrito dos direitos fundamentais têm como principais pilares argumentativos a basilar tal teoria os seguintes elementos, enumerados por Felipe de Paula:

- (i) A interpretação histórico sistemática;
- (ii) A chamada 'cláusula de comunidade' ou as exigências mínimas de vida em sociedade;
- (iii) Os direitos titulados por outros sujeitos ou limites de não perturbação;
- (iv) As chamadas leis gerais;
- (v) A ordem pública ou cláusula geral de polícia;
- (vi) O abuso de direito.¹¹⁷

Uma forte crítica feita à teoria dos suportes fáticos restritos dos direitos fundamentais, além daquela já exposta em linhas anteriores que diz respeito à dificuldade de enquadramento de situações fáticas intermediárias (que geram dúvidas por apresentarem argumentos fortes tanto a favor como contra sua respectiva proteção por um determinado direito fundamental) relaciona-se à possibilidade que o intérprete tem (a preocupação aqui concentrando-se na atividade jurisdicional, a qual, segundo mandamento constitucional, deve ser necessariamente motivada e fundamentada) de excluir ou abranger em um determinado direito fundamental certas hipóteses fáticas e jurídicas sem necessidade de fundamentação. Quando se parte da teoria dos suportes fáticos restritos dos direitos fundamentais, a análise do que deve estar ou não em seu âmbito de proteção deixa de ser uma atividade que pressupõe o sopesamento de princípios e, por conseguinte, não carece da necessidade de fundamentação. Partindo-se dos suportes fáticos restritos, a identificação de uma hipótese fático-jurídica como pertencente ou não ao âmbito de proteção de uma norma jusfundamental restringe o intérprete a desempenhar um mero controle de legalidade, na medida em que sua tarefa se resumirá a uma simples análise legal de caráter declaratório acerca do pertencimento ou não de dada situação do *mundo da vida* ao âmbito de proteção do direito fundamental. Tal tarefa declaratória prescinde da exigência do sopesamento quando da colisão de princípios, sopesamento este que, segundo Alexy, irá exigir uma fundamentação constitucional a explicar o porquê de uma dada norma prevalecer sobre outra em face do caso concreto. Os opositores da corrente que sustenta o suporte fático restrito dos direitos fundamentais justificam, com isso, que tal concepção não pode ser aceita num sistema constitucional como o brasileiro, o qual exige que toda decisão judicial seja motivada. Ora, seguindo a concepção do suporte fático restrito, a tarefa do julgador se resumiria a averiguar a legalidade ou ilegalidade da situação concreta, ou seja, verificar se ela se amolda ou não ao âmbito protetivo da norma jusfundamental.

¹¹⁷PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 56.

Neste caso, o julgador irá estabelecer um juízo de mera legalidade, pois para a visão restritiva do suporte fático, as colisões entre direitos fundamentais não podem existir, sendo meramente aparentes, na medida em que saber se uma hipótese fático-jurídica se subsume ou não a um direito fundamental diz respeito a um controle de legalidade, dispensando a atividade do sopesamento e, por conseguinte, da fundamentação.¹¹⁸

Virgílio Afonso da Silva aponta de forma enumerada as principais estratégias argumentativas para se defender a concepção dos suportes fáticos restritos. Um desses argumentos utilizados pelos partidários da visão restritiva do suporte fático consiste na afirmação de que, segundo uma interpretação histórico-sistemática da constituição, seria possível chegar-se ao conteúdo proposto pela norma jusfundamental quando de sua inclusão no sistema constitucional. Por meio desta interpretação histórico-sistemática, seria possível identificar-se, por meio do contexto em que foram positivadas as normas de direito fundamental pelo constituinte originário e pelo mútuo cotejo delas em face do sistema constitucional visto em um conjunto unitário, o programa da norma (recorrendo-se, aqui, mais uma vez, à expressão de Friedrich Müller). Desta forma, poder-se-ia saber o que está ou não abrangido pelo conteúdo da norma de direito fundamental e, por conseguinte, identificar as situações concretas que serão ou não reguladas por este direito. Por meio de uma interpretação histórico-sistemática, as colisões entre as normas de direito fundamental deixam de ser necessárias para a identificação do suporte fático delas, bastando ao aplicador do direito recorrer a esse método de interpretação para se determinar o que está fora ou dentro do suporte fático de determinada norma jusfundamental.¹¹⁹ Essa estratégia de utilização da interpretação histórico-

¹¹⁸ PAULA, Felipe de. *Op. cit.*, p. 56.

¹¹⁹ Virgílio Afonso da Silva assim explica a estratégia de justificação dos suportes fáticos restritos por meio do método da interpretação sistemática: “Uma primeira estratégia para delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sustenta que cabe à interpretação constitucional definir o que faz parte da essência de cada direito fundamental. [...] No plano histórico, é necessário analisar o contexto histórico-cultural da criação dos dispositivos constitucionais. Assim, por exemplo, já seria possível saber que o legislador constituinte, ao garantir a liberdade religiosa na Alemanha, em 1949 – ou no Brasil, em 1988 –, não pretendia, com isso, garantir sacrifícios humanos ou a poligamia. No plano sistemático, por sua vez, a análise deve se ater às relações que as diversas normas de direitos fundamentais guardam entre si e também com outras normas de direito constitucional. Segundo os autores, do contexto das normas constitucionais e dos bens por elas protegidos poder-se-ia concluir, por exemplo, que reuniões em prédios ameaçados por incêndios ou em pontes em mau estado de conservação não estão protegidas pelo art. 8, I e II, da constituição alemã (direito de reunião), porque tais reuniões colocariam em risco a vida e a incolumidade física dos indivíduos. Ao contrário do que talvez possa parecer à primeira vista, esse último exemplo não inclui a ideia de sopesamento entre o direito à vida e o direito de reunião. Segundo Maunz e Zippelius, trata-se de um limite preexistente ao

sistemática tem por objetivo, como visto, a restrição do suporte fático dos direitos fundamentais, negando, para isso, a colisão entre estes direitos e a consequente necessidade de sopesamentos com vista a se chegar ao conteúdo definitivo da norma.

Virgílio Afonso aponta outra técnica argumentativa utilizada pelos defensores da teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais. Consiste ela em utilizar a sistematização normativa elaborada por Friedrich Müller, o qual é o maior expoente entre os autores que defendem a concepção restrita dos suportes fático.¹²⁰ Como o presente trabalho irá dedicar um capítulo específico para expor as ideias de Friedrich Müller, devido a importância que sua sistematização terá no desenvolvimento das conclusões a serem desenvolvidas ao final do presente estudo, o, não irá se tratar desses argumentos por ora, remetendo o leitor ao item seguinte.

Outro recurso argumentativo utilizado pelos defensores dos suportes fáticos restritos, como bem aponta Virgílio Afonso, consiste no apoio à ideia de John Rawls acerca da defesa das liberdades básicas fundamentais.¹²¹ O jusfilósofo norte-americano reduz as liberdades fundamentais a um número bem restrito delas, classificadas como as de maior importância, de modo a hierarquizar os direitos fundamentais com vistas a evitar as colisões e os decorrentes sopesamentos, já que, em havendo hierarquia entre direitos fundamentais, as colisões passam a não mais existir. Rawls, como explica Virgílio Afonso, separa os conceitos de restrição e regulamentação: no primeiro caso (restrição), há uma interferência indevida no direito fundamental, diminuindo seu conteúdo, o que, para Rawls, em nítida visão restritiva dos suportes fáticos, seria inconstitucional; no segundo caso (regulamentação), o que há é uma mera conformação na forma de exercício do direito fundamental, com vistas à sua concretização, não interferindo tais regulamentações no conteúdo do direito, sendo, pois, ao contrário das restrições, constitucionais.

direito de reunião, não sendo nem ao menos necessário o recurso à reserva legal para restringi-lo.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 80-81.

¹²⁰ Para considerações críticas à teoria restritiva do suporte fático dos direitos fundamentais de Friedrich Müller, ver ALEXY, Robert, *Op. cit.*, p. 309-316 e SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 86-89.

¹²¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 89-92.

4.3 Suporte fático amplo dos direitos fundamentais

A concepção relativa ao suporte fático amplo dos direitos fundamentais (muito ligada às premissas da teoria externa, embora essa relação não seja necessária) difere basicamente da visão restritiva do suporte fático, por considerar que o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental estenderá seus efeitos a todas as situações fáticas que tenham, por mínima que seja, relação temática com esta norma. O suporte fático, pois, para aqueles que defendem sua concepção ampla, é, a princípio, ilimitado quanto ao seu âmbito de proteção. Somente se saberá qual será o conteúdo definitivo de dada norma jusfundamental, após a atividade de sopesamento a ser realizada quando da colisão desta norma de direito fundamental com outras de igual hierarquia, em face do caso concreto.

Para a corrente defensora do suporte fático amplo, a distinção estabelecida por Alexy entre direitos fundamentais *prima facie* e direitos fundamentais definitivos se torna importantíssima (não é por acaso que Alexy seja considerado o maior expoente doutrinário desta corrente ampliativa do suporte fático). Haveria, pois, em relação a um direito fundamental, inúmeras posições que devem ser abrangidas pelo âmbito de proteção deste direito, bastando que tenham relação, por mínima que seja, com ele. Por isso, fala-se que o suporte fático é amplo, na medida em que as situações fáticas e as hipóteses de exercício de um dado direito fundamental são todas, a princípio, abarcadas pela norma garantidora deste direito. Não se estabelecem, *a priori* (como se dá na corrente restritiva do suporte fático), as restrições e os limites aos quais estão sujeitos os direitos fundamentais. Somente em face do caso concreto, hipótese em que se dará a colisão entre direitos fundamentais, e recorrendo-se ao sopesamento e à ponderação de interesses, poder-se-á definir qual será a limitação e a restrição definitiva diante daquela situação apresentada. As limitações e restrições ao conteúdo do suporte fático, que a princípio são amplas, dar-se-ão, pois, por fatores externos à norma de direito fundamental.

Uma distinção fundamental entre as concepções restritas e amplas do suporte fático traz uma consequência importantíssima para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Explica-se: quando se assume que os direitos fundamentais possuem suporte fático restrito, ou seja, que a norma jusfundamental já nasce com todas as limitações a ela inerentes, cabendo ao intérprete apenas a atividade de

declarar quais são esses limites, a consequência é a negação de qualquer limitação externa e posterior ao direito fundamental. Se o conteúdo da norma jusfundamental e, por conseguinte, seus limites, já estão definidos desde sua gênese e incorporação ao ordenamento jurídico, uma limitação externa e posterior à própria norma acarretará vício de inconstitucionalidade, na medida em que configurará restrição indevida. Por esse motivo, como já se adiantou anteriormente em capítulo pretérito, não se pode falar em restrição válida ao conteúdo jusfundamental quando se adotam os pressupostos da teoria interna e do suporte fático restrito, a não ser que tal restrição esteja prevista e autorizada expressamente pela norma. Para essa corrente, pois, como os limites são definidos de antemão pelo próprio direito fundamental, o que pode ocorrer são as regulamentações para o exercício do direito, regulamentações estas que não interferirão em seu conteúdo. Toda restrição, porém, ao contrário das regulamentações, será inconstitucional (a não ser, como já se disse, que a própria norma jusfundamental a autorize expressamente). Em se adotando a teoria externa e a concepção ampla do suporte fático dos direitos fundamentais, pode-se falar, sem cometimento de erro técnico, em restrições a estes direitos, as quais podem surgir por limitações externas ao conteúdo da norma jusfundamental.

O momento da argumentação, portanto, é diferente quando se adota o suporte fático amplo ou o suporte fático restrito dos direitos fundamentais. Na hipótese de filiação às correntes ampliativas do suporte fático, “o decisivo, a partir desses modelos, não é o trabalho com o âmbito de proteção ou com o conceito de intervenção estatal, mas com a argumentação possível no âmbito da fundamentação constitucional das intervenções.”¹²² O momento em que se desenvolve a argumentação de justificação constitucional da delimitação do direito se dá quando da definição do direito definitivo a regular a situação fático-jurídica concreta, após a realização do sopesamento necessário para se definir o direito definitivo. Para a identificação do âmbito de proteção inicial, *prima facie*, por sua vez, não é necessária uma atividade argumentativa de justificação constitucional, na medida em que tudo, a princípio, pode estar abrangido pelo direito fundamental, bastando que haja uma relação mínima com o mesmo. É necessário, pois, o cotejo de um ou mais direitos fundamentais colidentes em face do caso concreto para se chegar ao

¹²² SILVA, Virgílio Afonso. *Op. cit.*, p. 98.

direito definitivo. A solução para colisão entre esses direitos fundamentais será realizada pela atividade do sopesamento, momento em que a argumentação de fundamentação constitucional será desenvolvida.

Quando se adota a concepção restritiva do suporte fático, diferentemente do que foi exposto no parágrafo acima para a concepção ampliativa desse suporte, o momento da argumentação de justificação constitucional se dá em uma única etapa. Esta etapa se concentra no ato de identificação, a ser realizada pelo intérprete, do conteúdo da norma jusfundamental, conteúdo que já trará consigo todas as hipóteses de limitação permitidas. Prescinde-se, aqui (adotando-se a concepção do suporte fático restrito), da divisão bipartite entre direitos *prima facie* e direitos definitivos. Virgílio Afonso da Silva explana a questão, na seguinte passagem:

De uma certa forma, o que ocorre é o deslocamento do foco da argumentação: ao invés de um foco no momento da definição daquilo que é protegido e daquilo que caracteriza uma intervenção estatal, há uma concentração da argumentação no momento da fundamentação da intervenção. Essa simples mudança de foco tem – como será percebido em todo o resto deste trabalho – consequências decisivas não apenas em toda a dogmática dos direitos fundamentais, mas também na atividade jurisdicional preocupada com a proteção desses direitos.¹²³

Virgílio Afonso da Silva elenca uma série de incongruências e defeitos relativos aos pressupostos da concepção restritiva dos suportes fáticos. O autor faz isso para confirmar sua opção em defesa da visão ampliativa. A primeira crítica consiste em apontar um excessivo conservadorismo da corrente restritiva. Como esta corrente defende a busca do fundamento e do conteúdo da norma de direito fundamental por meio de uma interpretação histórico-sistemática, com vistas a identificar-se a proposta objetivada pela norma no momento de sua gênese, não estaria ela apta a incorporar mudanças fáticas e jurídicas surgidas ao longo do tempo. Se se visa interpretar um direito fundamental por meio de uma interpretação histórico-sistemática da Constituição de 1988, buscando a proposta da norma quando de seu surgimento, ter-se-ia que desconsiderar todas as mudanças sociais, políticas, econômicas, comportamentais, entre outras, ocorridas nos últimos 24 anos desde a promulgação da Constituição de 1988. Isso acabaria por gerar, como aponta Virgílio Afonso da Silva, um engessamento do direito fundamental, o qual ficaria preso às circunstâncias presentes à época de seu surgimento e que hoje ou

¹²³ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, 94.

estão modificadas ou não mais existem. A consequência disso é o excessivo conservadorismo em que cai a corrente restritiva dos suportes fáticos, na medida em que esta, em sua tentativa de buscar a essência do direito quando de sua gênese, pretere todas as mudanças às quais os direitos fundamentais estão sujeitos com vista à sua adaptação às novas circunstâncias. O direito fundamental à igualdade, por exemplo, não pode ser interpretado como o era em 1988, na medida em que hoje já se atenta à necessidade de uma maior busca pela igualdade material, por meio de instrumentos como as ações afirmativas, ações estas que eram pouco discutidas em 1988. O direito à intimidade, para dar outro exemplo citado por Virgílio Afonso da Silva, nestes últimos 24 anos teve que incorporar as consequências das novas tecnologias, as quais mudaram completamente o entendimento acerca destes direitos.¹²⁴

Outra crítica feita por Virgílio Afonso da Silva à concepção restrita dos suportes fáticos reside em que, para o autor, é impossível estabelecer-se um critério seguro para se definir, de antemão e sem recurso a sopesamentos, o que está ou não abrangido pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como querem os defensores desta concepção. Estes autores recorrem muitas vezes à intuição e a um suposto bom-senso como critério e utilizam exemplos extremos para tentar justificar que é possível excluir, *a priori* e sem necessidade de análise de fatores externos, condutas e situações do âmbito de proteção do direito fundamental, como se dá nos exemplos da impossibilidade de proteção dos sacrifícios humanos em cultos pelo direito à liberdade religiosa, ou da negação de legitimidade a um músico que, sob pretexto de estar protegido pela liberdade artística, queira praticar saxofone de madrugada em frente a um hospital. Tais exemplos, segundo os defensores da corrente restritiva do suporte fático, demonstrariam a possibilidade de exclusão *a priori* de condutas do âmbito de proteção de dado direito fundamental, argumentando que a concepção ampliativa cometeria um erro em garantir a proteção a tais situações. Virgílio Afonso da Silva, porém, identifica a falha do argumento na medida em que, para ele, tais defensores da visão restritiva se esquecem de separar o que é o âmbito de proteção garantido *prima facie* (o qual protegeria, *prima facie*, as condutas acima descritas do instrumentista e dos

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 95-97

sacrifícios humanos) e âmbito de proteção definitivo (o qual não legitimaria as condutas exemplificadas).¹²⁵

¹²⁵ Idem, p. 97-100.

5 A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Dentro de tudo que foi falado acerca da teoria interna, bem como do suporte fático restrito dos direitos fundamentais, faz-se necessária a exposição da teoria de Friedrich Müller, o qual, talvez, seja o principal expoente doutrinário da teoria interna e do suporte fático restrito dos direitos fundamentais. Para Virgílio Afonso da Silva, “Friedrich Müller é um dos autores que com maior clareza defendem um suporte fático restrito para os direitos fundamentais para a definição desse suporte”.¹²⁶ Bernal Pulido também reconhece a importância de Müller para o estudo dos direitos fundamentais, em especial para a vertente interna destes direitos, ao afirmar: “A teoria da análise do âmbito normativo, elaborada por Müller, constitui uma das mais brilhantes e conhecidas teorias internas dos direitos fundamentais.”¹²⁷ (tradução nossa)

Entende-se necessária a reserva de um item específico dedicado ao autor porque, no desenvolvimento final do presente estudo, cotejar-se-ão suas propostas teóricas com as de Alexy, autor este defensor da teoria externa e do suporte fático amplo, de modo a desenvolverem-se as conclusões deste trabalho acerca da possibilidade de limitações aos direitos fundamentais, divisando uma fundamentação constitucional hermeneuticamente adequada para estas limitações. Faz-se preciso, pois, apresentar os conceitos principais da teoria de Friedrich Müller acerca da norma jurídica para facilitar o desenvolvimento das conclusões ao final deste presente trabalho.

No livro intitulado *Teoria Estruturante do Direito*, sua principal obra, Müller expõe sua teoria acerca da norma jurídica. Para tal, faz primeiramente uma crítica aos modelos tradicionais da hermenêutica clássica, modelos estes que, sozinhos, são insuficientes para uma concretização do Direito. Critica também as escolas positivistas e formalistas que tentavam compreender o Direito somente em sua dimensão objetiva e abstrata, enquanto um emaranhado sistemático de normas

¹²⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la Proporcionalidad e los Derechos Fundamentales*, p. 449. “La teoría del análisis del ámbito normativo, elaborada por Müller, constituye una de las más brillantes y conocidas teorías internas de los derechos fundamentales”.

¹²⁷ É o que percebe Virgílio Afonso da Silva. Segundo o autor, ao adotar-se o pressuposto do suporte fático restrito, para a exclusão de situações fático-jurídicas do âmbito de proteção de determinado direito fundamental, “não é necessária nenhuma fundamentação constitucional. Bastam juízos de conveniência e oportunidade. [...] são questões meramente legais, e excluídas, portanto, do controle de constitucionalidade.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 80.

jurídicas que obedeciam a um critério lógico-dedutivo, segundo premissas de “ordenação” e “infraordenação”, em especial o positivismo das obras de Laband e Kelsen.

Após criticar as concepções positivistas, bem como a insuficiência que os métodos hermenêuticos clássicos, sozinhos, apresentavam para o Direito, em especial para o Direito Constitucional, o autor faz uma análise de julgamentos do Tribunal Constitucional alemão. Por meio deste estudo da jurisprudência da Corte Suprema tedesca, Müller acompanha a evolução do pensamento jurídico (dando maior atenção às decisões de cunho constitucional) em seu país, apontando as falhas e contradições teóricas, bem como a falta de método, presentes nas decisões daquele Tribunal.

Por fim, o autor apresenta sua tese por meio da descrição de sua teoria, nomeando-a de “estruturante”, na medida em que visa a estruturar um sistema com vista à concretização da norma por meio do que chama de *metódica*, a qual não parte de uma visão normativa unicamente abstrata, como queriam os kelsenianos, nem unicamente concreta, como apregoavam os decisionistas.

5.1 Influência da tópica

A construção teórica de Müller pode ser considerada como tendo influência direta na tópica, em especial naquela proposta por Viehweg. Não só a obra de Müller, mas também a de autores pós-positivistas da envergadura de Konrad Hesse e Peter Häberle sofreram influência da concepção metodológica tópica, há muito esquecida (desde o método crítico cartesiano, pode-se dizer, abandonada).

O pensamento tópico (re)surgido na década de 50 do século XX¹²⁸ por meio da obra de Viehweg foi uma resposta ao sistema positivista e justificador de

¹²⁸O pensamento tópico não foi criado por Viehweg, tendo sido utilizado pela tradição helênica há muito tempo, antes mesmo de Aristóteles, autor este que foi o principal pensador a desenvolver o assunto, seguido de Cícero, tendo inclusive criado o termo *tópica*. É o que explana Tércio Ferraz Júnior: “Na verdade, o nome tópica vem de Aristóteles, mas o assunto já existia, sendo um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, e que apareceu em diferentes exercícios da retórica, com o nome de ‘euresis’, ‘inventio’, ‘ars inveniendi’ etc. Como tal, a tópica prevaleceu durante a Idade Média através das chamadas ‘artes liberais’, como parte essencial das três primeiras delas, que constituíam o ‘trivium’ (Gramática, Retórica, Dialética), perdendo significado, posteriormente, com a institucionalização e supremacia do ‘more geométrico’ no conhecimento moderno.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 326-327.

governos autoritários e antiliberais.¹²⁹ Os aplicadores do Direito, no Pós-Guerra, não se contentavam mais com os modelos lógico-dedutivos kelsenianos, não só pelo fato de que estes não apresentavam soluções adequadas aos casos concretos, como também por arrimarem quaisquer ordens jurídicas antidemocráticas e, porque não dizer, injustas. O positivismo jurídico, por separar da dimensão normativa tudo que lhe fosse estranho, acabou por tornar o Direito um mero sistema lógico e objetivo no qual ao aplicador bastaria realizar o método de subsunção por meio de uma operação lógico-dedutiva que deveria ficar alheia a questões de ordem axiológica, moral. É o que leciona Bonavides:

A investigação crítica das causas e origens da tópica dificilmente podem ignorar o estado em que se encontrava a ciência do Direito na década de 1950. A surpreendente renovação das reflexões jusnaturalistas, desde a conversão de Radbruch ao direito natural, produzira resultados aquém das expectativas. Havia sido muitas as esperanças depositadas naquele movimento, pois o positivismo jurídico por todas as suas escolas e correntes parecia submerso numa impotência doutrinária, simbolizada pelas descrenças postas na sua metodologia.¹³⁰

A tópica traz ao Direito novamente, como condição e meio indispensável à concretização normativa, a argumentação. Não exclui, contudo, como querem pensar alguns, a lógica na solução dos problemas jurídicos, na medida em que admite que o raciocínio lógico pode se enquadrar no quadro dos *topoi*, de forma a responder a determinado problema. Mostram-se pertinentes, quanto ao tema, as palavras de Bonavides:

¹²⁹Thomas Bustamante relativiza a ideia de que o positivismo jurídico foi instrumento para consolidação de governos autoritários, em especial do nazismo, na seguinte passagem: “A palavra positivismo provoca um certo desconforto para os juristas contemporâneos. É frequente a intuição de que se trata de uma doutrina ultrapassada e tolerante para com decisões injustas, merecendo rechaço por aqueles juristas cientes da responsabilidade social do intérprete (e do juiz) envolvida na solução de problemas jurídicos. Tal intuição, contudo, muitas vezes manifesta-se sob a forma de dogmatismo ou preconceito ideológico, atribuindo-se aos autores que assumem uma orientação positivista a ‘culpa’ por todas as mazelas que envolvem o raciocínio jurídico. Assim fazem os que, sem maiores investigações, atribuem categoricamente ao positivismo a responsabilidade pela ascensão do nazismo na Alemanha. Como Ulfrid Neumann analisa lucidamente, o pensamento jurídico alemão do pós-guerra precipitou-se ao culpar o positivismo pela ascensão do regime nacional socialista naquele país: tal regime na verdade teria buscado sua justificação através de uma reinterpretação complacente do direito vigente, e não de uma legislação revolucionária. A opção entre direito positivo e direito natural teria cumprido, naquele cenário, a desprezível função de ‘encobrir’ todas as alternativas político-jurídicas em relação às quais era necessário decidir (como as concepções de Direito autoritária e liberal, individual e coletiva ou universal e particular), concluindo pela obrigatoriedade do direito nazista.” BUSTAMANTE, Thomas. *Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*, p. 9-10.

¹³⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 492.

Pensar o problema constitui o âmago da tópica em suas considerações acerca do método. Novo estilo de argumentação e acesso à coisa, a tópica não é uma revolta contra a lógica, conforme se pretendeu equivocadamente incucar. Busca, em primeiro lugar, conforme ressaltou Esser, demonstrar que o argumento dedutivo não constitui o único veículo de controle da certeza racional, pelo menos o único que não engana.¹³¹

Deve-se, segundo a proposta tópica, estabelecer pontos de partida por meio da organização de pontos de vista orientados para a *práxis*, para a solução do problema. Para Viehweg, a tópica é a técnica de pensar o problema objetivando a solução do mesmo e tendo como diretriz este mesmo problema. Nas palavras deste autor:

[...] a jurisprudência precisa ser concebida como uma permanente discussão de problemas e [...], portanto, sua estrutura total deve ser determinada a partir do problema, buscando pontos de vista para sua solução, [...] seus conceitos e suas proposições têm de estar ligados ao problema, de modo especial.¹³²

Acerca da função da tópica, acrescentam-se os ensinamentos de Ferraz Júnior:

Quando se fala, hoje, em tópica pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. Trata-se de um estilo de pensar e não, propriamente, de um método. Ou seja, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático no sentido de que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Veja-se, por analogia, o que acontece com a elaboração de um dicionário, em que muitos verbetes, pela diversidade de acepções, exigem abordagens, que, partindo de distintos pontos de vista, não fecham nem concluem, embora deem a possibilidade de compreender a palavra na sua amplitude (problemática).¹³³

A tópica serviu como um pilar metodológico para esses juristas surgidos a partir da década de 50 que não mais se contentavam com as soluções positivistas e com os métodos clássicos da hermenêutica, representando “o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a

¹³¹BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 490.

¹³²VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 92.

¹³³FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 327-328.

metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais.”¹³⁴ Isso se deu porque a tópica não excluiu os métodos clássicos nem, muito menos, retirou do Direito toda sua logicidade. O que fez foi nada mais que colocar estes métodos e a lógica dentro de um catálogo de *topoi* direcionados à solução do problema. Mesmo porque, em se excluindo tudo quanto fosse lógico, bem como os métodos tradicionais hermenêuticos de Savigny, o Direito perderia toda sua segurança jurídica e cairia em um subjetivismo exacerbado e por todos indesejado.

Mesmo tendo servido como uma resposta idônea às insuficiências positivistas, a tópica não restou ileso às críticas. Estas se arrimaram principalmente no fato de o pensamento tópico possibilitar ao intérprete uma atividade criativa (*inventio*) muito grande e, em princípio, ilimitada, o que acarretaria prejuízo à segurança jurídica.

Em meio às soluções propostas pela tópica e levando-se em consideração as críticas que lhe foram feitas, Friedrich Müller elabora sua teoria, a qual é assumidamente influenciada pelo pensamento tópico, dando contudo uma solução teórica para o problema da insegurança jurídica que este método apresenta, pois segundo Müller a aplicação da tópica ao Direito, em especial ao Direito Constitucional, não seria viável se seguida integral e plenamente, sem considerar os limites normativos expressos nos comandos legais. É o que explana o autor:

Num primeiro momento, essas tarefas imbricam-se com referência à tópica. As regras desta, que se distanciam decididamente do pensamento cerrado-sistemático, axiomático, interessam aqui com referência ao papel que a norma desempenha na aplicação tópica do direito.

[...]

Para o direito constitucional é especialmente questionável - em virtude de sua peculiaridade como direito basilar sem maior amparo no direito positivo - se a aplicação tópica do direito pode efetivamente passar por cima de uma norma reconhecível, concretizável, se ela, e.g., pode decidir também contra texto claro da norma constitucional, quando ele não oferece nenhum ponto de apoio para uma solução do problema, que tenha sentido.¹³⁵

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 496.

¹³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 67-68.

5.2 Crítica à tentativa de busca por uma pureza objetiva da norma e às concepções tradicionais acerca desta

Friedrich Müller inicia sua obra *Teoria Estruturante do Direito* fazendo duras críticas à tentativa, até então em voga pelos positivistas, de tentar isolar a norma em uma objetividade extrínseca ao que seria alheio a uma suposta teoria pura do Direito.

Müller argumenta seu ponto de vista arrimando-se no pensamento de Gadamer, para o qual o sujeito que compreende as ciências sociais, e também as naturais, ocupa um horizonte histórico determinado e determinante. As ciências sociais e naturais, assim como o ser que as compreende, localizam-se também em um determinado horizonte histórico em correlação com este ser, sujeito da compreensão. Não haveria, para Gadamer, uma ciência que pudesse ser isolada objetivamente no tempo e no espaço de forma indiferente ao intérprete. A compreensão, para este autor, só se realiza por meio da *práxis*, por meio de uma relação determinante entre sujeito pensante e objeto pensado. Não se pode falar, pois, em uma compreensão objetiva da realidade, na medida em que tal compreensão só se dá por meio do ser que interpreta, não podendo deste se separar como uma realidade total e a ele indiferente. Tanto as ciências sociais como também as naturais não devem ser consideradas como uma realidade objetiva pronta a ser apreendida pelo intérprete, na medida em que esta realidade só se concretiza por meio do ato cognoscente do ser. Para Gadamer, como o ser não pode ser compreendido em sua totalidade e é este mesmo ser que determina o objeto interpretado, este objeto também não pode ser apreendido em toda a sua extensão.

Müller defende, pois, que falar-se em uma ciência do direito que se presuma objetiva não é factível. Mesmo as ciências naturais ficam excluídas desta suposta objetividade. Aqui, ele critica a dicotomia kantiana do mundo do *ser* e do *dever ser*, da qual os positivistas, em especial Kelsen, lançaram mão para separar o Direito do mundo dos fatos para classificá-lo como próprio do horizonte do *dever ser*, no qual não se observaria a causalidade necessária do universo do *ser* (próprio das ciências naturais).¹³⁶ No Direito, para Kelsen, vigoraria não a causalidade, mas a imputação,

¹³⁶Wolfgang Schild assim explica a opção de Kelsen por classificar o Direito como próprio do horizonte do *ser*:

na conhecida fórmula *Se A é, B deve ser* (nas ciências naturais, por sua vez, a relação seria causal, traduzindo-se na fórmula *Se A é, B é*).¹³⁷ Müller, assim como os demais pensadores pós-positivistas, percebe o erro em tal dicotomia entre a realidade do *ser* e do *dever ser* defendida pelos positivistas. Não é possível mais entender o Direito como uma realidade objetiva e abstrata constituída de normas jurídicas ordenadas por um critério lógico e dispostas ao intérprete e aplicador do direito por meio de um método lógico-dedutivo de *infra* e *supra* ordenação¹³⁸ a ser

“Kelsen se decide por uma jurisprudência concebida como ciência do dever ser. Segundo o exposto, as consequências não deixam lugar para dúvidas: a ciência do direito requer como pressuposto do legislador que seu objeto seja um dever (ou seja, nenhum objeto demonstrável, diretamente acessível à experiência. Disso se infere também que a jurisprudência não pode conter noções ontológicas, nem fundar suas concepções normativas na experiência.” (tradução nossa) SCHILD, Wolfgang. *Las Teorías Puras Del Derecho*, p. 23.

“Kelsen se decide por una jurisprudencia concebida como ciencia del deber ser. Según lo expuesto, las consecuencias no dejan lugar a dudas: la ciencia del derecho requiere como supuesto del legista el que su objeto sea un deber (o sea ningún objeto demostrable, directamente accesible a la experiencia). De ello se infiere también que la jurisprudencia no puede contener nociones ontológicas, ni fundar sus nociones normativas en la experiencia.”

¹³⁷Tércio Sampaio Ferraz Júnior assim resume o objetivo de Kelsen, dentro do Direito, de separar o âmbito do *ser* do âmbito do *dever ser*: “Esta multiplicidade levou Hans Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito, numa manifesta pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente. Esta dimensão seria a normativa. Kelsen propõe, nestes termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou relações entre normas. O princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. Para a ciência do direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa. Um dos conceitos-chave ao qual Kelsen dá em especial tratamento é o da vontade. Para ele, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do direito: a chamada imputação. Imputação é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, donde temos a noção de delito; o comportamento que evita a pena e não é imputado nos dá a noção de dever jurídico; assim, sujeitos de direito nada mais são do que centros de imputação normativa e vontade, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, p. 37.

¹³⁸ Kelsen assim explica o que chama de estrutura escalonada da ordem jurídica, obtida pelo esquema da *infra* ou *supra*-ordenação: “Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da *supra-infra* ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.” Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 246-247.

concretizado mediante simples critério objetivo de subsunção. Nas palavras do autor:

A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade. Nesse tocante, não queremos cometer também aqui o erro de generalizar a pleora dos diferentes tipos de prescrições legais na única norma jurídica, para depois derivar inferências desse *abstractum* pré-concebido. Mas a normatividade comum a todas as prescrições jurídicas é um critério de aferição legitimamente aplicável às diferentes posturas referentes a questões de método. Com sua insistência na mera positividade do direito, subtraída à realidade efetiva da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou a perda da normatividade jurídica. As peculiares dessa normatividade e, genericamente, a especificidade do direito desapareciam do campo de visão, à medida que o ideal de método de uma ciência natural, que ainda não se tornara questionável para si mesma, era transferido acriticamente a prescrições jurídicas.¹³⁹

O positivismo kelseniano, ao tentar isolar a norma como um todo objetivo e alheio a toda realidade extrajurídica, bem como em limitar a tarefa do intérprete a um mero processador lógico de tal realidade jurídica objetiva, não conseguiu atender às demandas de justiça e pluralismo próprias a um ideal de Estado Social e Democrático.¹⁴⁰

A teoria kelseniana, ainda, caía em uma contradição interna quando do estabelecimento de uma lógica dedutiva de subsunção por meio de uma

¹³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 16.

¹⁴⁰ Stoyanovitch bem percebe as dificuldades que o normativismo kelseniano enfrentou ao tentar atar a ciência jurídica a um mero sistema formal e lógico: “[...] do próprio fato que ele (positivismo) professa que o direito não é nada além que o direito, isto é, aquilo que tecnicamente é apresentado e existe como tal, esta tautologia se amalgama, por sua simplicidade e sua aparente verdade, por sua utilidade e sua eficácia prática, facilmente nos espíritos ingênuos e se torna deste modo uma perigosa ideologia, contribuindo para criar ou manter o mito de que o direito é o equivalente da ordem e do bom senso, que ele tem o mesmo significado e a mesma amplitude para todos, isto é, que ele exprime o interesse geral, que ele tende à realização do bem comum e que é, além de tudo, um mau negócio considerá-lo de outra forma (trata-se, sempre, no caso, não do direito em geral, mas de um sistema jurídico concreto, deixa-se claro). Sobre esse viés, o positivismo formalista se mostra para nós como um adversário, indireto, mas não menos real, da ciência, de uma ciência crítica, entenda-se, que teria o direito como objeto de estudo.” (tradução nossa) STOYANOVITCH, K. *Le Domaine Du Droit*, p. 75.

“[...] *Du fait même qu’il professe que le droit n’est autre chose que le droit, c’est à dire ce qui techniquement est presente et existe comme tel, cette tautologie s’amalgame, par sa simplicité et son apparente veracité, par son utilité et son efficacité pratiques, facilement dans les esprits naïfs et devint ainsi une dangereuse idéologie, contribue à créer ou à maintenir le mythe que le droit est équivalent de l’ordre et du bon sens, qu’il a le même signification et la même portée pour tout le monde, c’est à dire qu’il exprime l’intérêt general, qu’il tend à la réalisation du bien commun et que c’est, en somme, être un mauvais sujet que de le considerer autrement (Il s’agit toujours, em l’espèce, non du droit em general, mais d’un système juridique concret, bien entendue). Sous ce rapport, le positivisme formaliste se montre à nous comme un adversaire, indirect, mais non moins réel, de la science, d’une science critique s’entend, qui aurait le droit pour objet d’étude.*”

infraordenação legal a ser realizada pelo intérprete. Tal contradição se dá porque o critério lógico kelseniano é abandonado na última etapa do método, ou seja, quando da aplicação do direito ao caso concreto, pois o juiz, após realizar o procedimento lógico-dedutivo da subsunção, chegaria a uma moldura de soluções possíveis. Entre essas soluções possíveis (todas aptas a solucionar o caso concreto) não se aplicaria mais o critério lógico para a escolha de uma delas, na medida em que não haveria nenhuma hierarquia de ordenação entre tais possibilidades de aplicação. Ficaria, pois, ao arbítrio do juiz a escolha de uma dentre aquelas que o quadro de decisões válidas apontaria como legítimas para a solução do caso concreto. Tal escolha, porém (daí a contradição), se daria por meio de critério juspolítico, e, não mais, por um critério lógico.

A segurança jurídica defendida por Kelsen por meio de uma busca por um Direito puramente objetivo cai por terra, como visto, na medida em que no momento da concretização da norma, ao juiz era dada a possibilidade de se desvencilhar do método da subsunção lógico-dedutivo para decidir conforme critérios juspolíticos.

As críticas de Müller não se resumem a Kelsen. Critica duramente também Carl Schmitt. Para este, o fenômeno jurídico não está na norma (como queria Kelsen), mas na decisão. A teoria de Schmitt, de caráter nitidamente decisionista, seria, para Müller, reducionista por não considerar a normatividade em toda sua extensão, mas apenas enquanto fator de materialização de uma decisão e em função desta. Carl Schmitt, ao tentar criticar a teoria kelseniana que se centrava unicamente na norma, comete o erro de voltar-se somente ao aspecto da concretização dela por meio da decisão, desconsiderando, pois, a dimensão normativa em sua totalidade. Quanto a Schmitt e seu reducionismo decisionista, assim leciona Müller:

Embora Schmitt enfatize o papel da correção conteudística para a derivação de uma unidade ou ordem normativa, uma separação dos aspectos aponta também aqui para uma compreensão reducionista da norma.

[...]

A insuficiência de uma compreensão da norma, restringida ao aspecto isolado ao modo positivista e à forma linguística, é claramente reconhecida por Schmitt; mas a desvalorização da dimensão normativa materialmente vinculada da parte da vontade existente conduz a uma superação total da normatividade jurídica que se iguala à derribagem da norma por parte da teoria pura do direito. Em ambos os casos, teores jurídicos materiais são superados de forma voluntarista. O positivismo extremado e o antipositivismo extremado encontram-se num dualismo abstrato, como cujo

ponto nevrálgico se evidencia também aqui no tratamento da norma jurídica.¹⁴¹

Müller, após divisar as insuficiências da busca por uma objetivação do Direito por meio de uma tentativa de isolamento do âmbito do *ser* e do *dever ser*, bem como das falhas dos métodos positivistas e decisionistas, passa, então, a apresentar também as falhas dos métodos tradicionais da hermenêutica clássica, em especial os propostos por Savigny.

Os métodos clássicos de interpretação (gramatical, sistemático, teleológico, histórico) não se apresentam seguros, por si sós, a garantir a justeza das decisões. Isso se daria em todos os ramos do Direito. No Direito Constitucional, porém, a insuficiência de tais métodos hermenêuticos se mostraria de forma mais latente. O autor justifica isso ao explicar que o Direito Constitucional não é fruto de um longo processo de construção consuetudinária e histórica como o Direito Civil, visto que este, quando do processo das codificações no século XIX, já tinha uma tradição de centenas de anos herdada, sobretudo, do Direito Romano. As codificações nada mais fizeram que positivizar algo que já estava praticamente consolidado no meio jurídico. O Direito Constitucional, por sua vez, foi fruto de um momento específico na História: as revoluções do final do século XVIII. Para este último ramo do direito não houve o arcabouço da tradição e dos costumes consolidados através de um longo período histórico, como se deu no Direito Civil. O que houve foi a elaboração de teorias acerca da Constituição, teorias estas elaboradas a partir do contexto revolucionário e puntual de dado momento, qual seja, o das revoluções. É o que ensina Paulo Bonavides:

Alguma reflexões preliminares contudo se impõem. O Direito Constitucional clássico, segundo a crítica que se lhe faz, padece graves defeitos: em primeiro lugar, não leva em conta que as Constituições aparecem quando o Direito Privado já está sendo codificado ou, em outros termos, o Direito Público do Ocidente democrático principia (o constitucionalismo e as codificações constitucionais) por onde o Direito Privado acabava, depois de séculos de lenta elaboração, na qual pesaram também, como fator importantíssimo de sistematização e elaboração deste último, os princípios recolhidos da herança romana.

Nada disso teve o Direito Constitucional atrás de si. Obra de improvisação revolucionária, foi criação de uma nova política. Evangelho de um novo direito, ergueu-se sobre alicerces exclusivamente teóricos, sem o aval da experiência e da história.¹⁴²

¹⁴¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 31-32.

¹⁴² Idem, p. 31-32.

Procurar respostas às questões constitucionais por meio, exclusivamente, de métodos hermenêuticos elaborados para o Direito Civil não pode ter êxito na tarefa de concretização de normas constitucionais. O autor, contudo, não exclui a importância de tais métodos interpretativos clássicos para sua teoria da norma (entende, inclusive, que desempenham papel auxiliar em sua 'metódica' para concretização da norma). Só não os considera como válidos se aplicados exclusivamente, sem elementos de outra monta, elementos estes que o autor coloca em sua teoria, a qual define norma como sendo a soma do *âmbito da norma* + *programa da norma*, como se verá.

5.3 Análise jurisprudencial sobre decisões da Corte Constitucional alemã

Antes de apresentar sua teoria estruturante da norma, Müller analisa as decisões do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, com o intuito de verificar as tendências e concepções jurisprudenciais e doutrinárias relativas ao método. Para o autor, faz-se mister a apreensão de como se dá o processo de concretização das normas constitucionais em dado momento, bem como a evolução desses métodos no seio do direito de determinado país. Com esta finalidade, faz críticas à jurisprudência constitucional alemã elaborada na década de 50 do século XX.

Para Müller (após realizar minucioso estudo sobre a jurisprudência da Suprema Corte alemã), houve uma tendência, no Pós-Guerra, ao abandono do positivismo em sua concepção pura. Os juízes constitucionais perceberam as insuficiências do positivismo jurídico em dar respostas satisfatórias aos casos concretos, bem como o perigo que consistia tal corrente formalista, se aplicada incondicionalmente, aos anseios inerentes a um paradigma de Estado Social, na medida em que o positivismo pressupunha o alheamento do aplicador ao conteúdo da norma e, por conseguinte, esta poderia servir, em princípio, para justificar qualquer ordem, até mesmo um autoritarismo.

Ocorre, contudo, que a Corte Constitucional, ciente de que o positivismo já não era compatível com o atual estágio de desenvolvimento do Direito, tendeu a abandoná-lo sem, contudo, abrir mão de algumas de suas premissas.

As decisões (lembrando que Müller se concentra na jurisprudência da década de 50 do século passado) eram contraditórias e pouco sistemáticas, não apresentando coesão, seja umas com as outras, seja com pontos de partida metodológicos já adotados.

Primeiramente, Müller faz uma crítica ao que considera uma busca, pela jurisprudência constitucional, em captar o que consistiria uma “vontade objetiva da lei”. Após constatarem que era infrutífero tentar apreender a vontade do legislador quando do momento de elaboração da lei, tentaram os juízes da Corte Constitucional buscar o que se extraía do sentido da proposição jurídica (utilizando aqui a terminologia de Kelsen)¹⁴³ por meio de uma interpretação de cunho objetivo, abstraindo-se de posições subjetivistas (as quais objetivavam chegar à intenção do legislador). Assim explana Müller:

Programaticamente, embora não em práxis, o Tribunal Constitucional Federal decidiu-se em favor da teoria objetiva.

[...]

O Tribunal Constitucional Federal empenha-se prioritariamente em identificar “o nexo de sentido da norma com outras prescrições e o objetivo visado pela regulamentação legal em sua totalidade. Nessa medida o teor literal da norma é tratado como relativamente pouco fecundo pelo Tribunal Constitucional na sua jurisprudência constante. O tribunal formula como tarefa judicativa legítima pesquisar o sentido se uma determinação legal a partir de sua inserção no ordenamento jurídico global, sem aderir ao teor literal da lei.¹⁴⁴

Acontece que o mesmo tribunal é contraditório em algumas decisões porque, ao mesmo tempo em que deixa expressa sua postura objetiva quanto à interpretação da lei, abstraindo-se da “vontade do legislador”, utiliza-se, muitas vezes, para justificar certos julgados, de argumentos subjetivos, tentando arrimar suas fundamentações na *mens legislatoris*, e não na *mens legis*.

Friedrich Müller divisa outras contradições e incoerências nos julgados da Corte Constitucional alemã. Para o autor, a Corte, no Pós-Guerra, assumiu uma postura de busca por uma constituição material (abandonando o positivismo que considerava esta última apenas em seu aspecto formal). Contudo, esta mesma

¹⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 80-84.

¹⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, p. 7-9.

Corte não fundamentava suas decisões segundo um método uniforme, seguro e sistemático, apelando muitas vezes a conceitos vagos e perigosos, como o de “natureza das coisas” (os quais eram tomados como verdadeiros axiomas alheios à fundamentação e à argumentação jurídicas) e o de “âmbito de natureza do humano”, entendendo por este último tudo aquilo que fugiria ao âmbito da norma em sua dimensão formal. Outra contradição dos juízes constitucionais foi a de adotar uma postura materialista (em abandono ao formalismo) e antipositivista, sem, contudo, abrir mão de métodos e conceitos próprios do positivismo kelseniano, como a subsunção pura, o quadro de decisões possíveis, a lógica dedutiva, etc.

Como alternativa para organizar a ciência jurídica e evitar contradições internas (como as vistas nos julgados da Corte Constitucional), Müller propõe sua teoria da norma.

5.4 A originalidade das propostas de Friedrich Müller:

A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller é extremamente original, na medida em que concilia as perspectivas do *ser* e do *dever-ser*, aspectos da norma e dos fatos, bem como dados linguísticos e dados reais, não sendo também nem puramente objetivista ou subjetivista, tampouco estritamente formalista ou materialista.

O método proposto pelo autor apresenta caráter concretista, na medida em que se volta para uma sistemática de concretização da norma de acordo com parâmetros de uma normatividade estruturada, a qual fica vinculada às disposições normativas (o que garantiria a segurança jurídica) mas, contudo, não se engessando em um formalismo normativista extremado como proposto por Kelsen, na medida em que Müller pressupõe um âmbito da norma com elementos extrajurídicos.

Para Müller, a concretização da norma deve transcender o teor literal do texto (não confundindo norma com texto), abrangendo todos os meios possíveis e auxiliares insertos no âmbito da norma, em nítido abandono às concepções hermenêuticas clássicas. Admite, contudo, que os métodos clássicos de interpretação não devem ser abandonados de todo, na medida em que poderiam

entrar na configuração do âmbito da norma e servirem como auxiliares para a concretização do direito.¹⁴⁵

A metódica de Müller visa evitar o erro em se separar o âmbito formal da Constituição de seu âmbito material, objetivando, também, abolir a dicotomia entre a esfera do *ser* e do *dever-ser*, entre a realidade fática e a normativa. O que o autor busca é uma concatenação de todos esses elementos, de forma organizada, para se chegar à concretização da norma. Vislumbra-se aqui, como já mencionado, a influência da tópica em Müller, na medida em que este organiza um catálogo de condicionantes (abrangidas pelo que chama de âmbito da norma) aptas e direcionadas à solução de um fato concreto, bem semelhante à ideia de Viehweg de estruturar um catálogo de *topoi* organizados a partir de um problema e com vistas à solução deste mesmo problema. Müller, porém, corrige algumas deficiências do pensamento tópico com o objetivo de assegurar uma maior segurança jurídica.

Uma teoria do direito válida, para Müller, deve ser entendida como uma teoria da norma. Tal teoria da norma, porém, é muito mais abrangente do que a pretendida pelos malogrados positivistas, na medida em que, como já foi dito, parte de uma norma concebida por uma ideia mais ampla do que a mera norma formal dos kelsenianos, com vista à solução de um caso concreto. A normatividade, para Müller, é o fruto desta metódica estruturante que compreende a norma em sua totalidade, com o escopo de concretizar um determinado direito. Daí o nome de *teoria estruturante da norma*. Estruturante (e não estruturada) porque se pressupõe uma ação por parte não só do juiz, mas de todos os destinatários do Direito (legisladores, administradores públicos, doutrinadores do direito, pessoas no exercício da cidadania, etc.) em, por uma metódica indutiva, concretizar o direito.

¹⁴⁵Alexy assim discorre acerca da teoria estruturante de Müller: “Müller caracteriza sua teoria como uma teoria da norma que supera o positivismo jurídico. O enunciado central de sua – como ele define – teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica consiste na tese da não-identidade entre norma e texto normativo. Com essa tese, Müller pretende dizer que uma norma jurídica é mais que o texto. A concepção da norma jurídica como constituída apenas linguisticamente seria a ilusão de uma concepção puramente formalista do Estado de Direito. Uma teoria pós-positivista – que para Müller significa uma teoria adequada da norma jurídica teria, por oposição, que partir do pressuposto de que a norma jurídica é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma. Segundo Müller, o texto normativo expressa o programa da norma, tradicionalmente entendido como comando jurídico. Com igual hierarquia faz parte da norma também o âmbito normativo, isto é, o setor da realidade social em sua estrutura básica, o qual é escolhido ou, em parte, até mesmo criado pelo programa normativo como sua área de regulação. Por conseguinte, a norma jurídica deve ser entendida como um projeto vinculante, que abarca tanto o que regula como o que há de ser regulado. A superação entre ser e dever-ser é, desse modo, superada.” ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 77-78.

Aqui Müller estabelece outra distinção de sua teoria em relação ao positivismo, na medida em enquanto esta é calcada na “dedução” (mera atitude formal e passiva de subsumir um fato a uma norma), aquela é arrimada na “indução”. A indução, ao contrario da dedução, pressupõe uma atitude mais ativa por parte do agente que vai concretizar o direito (e não mais do intérprete autêntico, como queria Kelsen). A Indução (própria da metódica estruturante de Müller) é diferente de dedução (própria dos positivistas) porque enquanto aquela pressupõe um agir por parte do agente que atuará na norma com vias a concretizá-la, esta pressupõe uma mera subsunção lógico-dedutiva, de aspecto nitidamente passivo.

Müller insiste em fazer a distinção entre norma e texto de norma (apesar de que, fazendo justiça a Kelsen e contrariando o que muitos críticos deste autor não entendem, é que este pensador também tinha clara a ideia de que norma não se confunde com texto de norma, na medida em que a normatividade seria composta de uma tríade constituída: 1 - pelo texto da norma; 2 - pela norma mesma – o comando cogente que se extrai do texto; 3 - pela proposição normativa – considerações dogmáticas realizadas pelo intérprete acerca da norma, mas cingidas por ela). Para Bonavides:

Disse muito bem Müller, ao assinalar a imprescindível postulação da não identidade do texto da norma com a norma, que o texto de uma prescrição jurídica positiva é tão-somente a cabeça do iceberg. No seio da montanha de gelo, na parte mais baixa, recôndita e profunda, porém invisível, é que se deve procurar a essência da normatividade, feita dos fatos e relações de natureza estatal e social.

[...]

Não é o texto da norma constitucional, segundo a escola concretista, que regula o caso concreto, mas o corpo legislativo, o órgão de governo, o administrador, o juiz, o aparelho judiciário, buscando, anunciando, fundamentando e se for o caso executando a decisão reguladora da causa.

[...] O texto da norma não contém, assevera o constitucionalista, a normatividade e a estrutura concreta. Cinge-se tão-somente, dentro em sua moldura, a dirigir e limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização do Direito. Não possui o texto importância inerente nele, de modo que só toma sentido quando posto numa operação ativa de concretização.

Em outras palavras, não é possível separar norma de realidade, antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou Normbereich) afetada pela disposição da norma (o programa da norma ou Normprogramm) o elemento material constitutivo da própria norma.¹⁴⁶

¹⁴⁶BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p.504

Acerca da clara separação estabelecida por Müller entre norma e texto da norma, apesar da interdependência entre ambos, leciona Lenio Streck:

Não há como discordar de Friedrich Müller quando diz que a norma não está contida no texto. Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou independência) entre ambos (texto e norma). Com efeito, do mesmo modo como não há equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica. Na verdade, o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na 'sua' norma, produto da atribuição de sentido do intérprete, não existe um processo de discricionariedade do intérprete.¹⁴⁷

A constituição e os códigos são apenas textos de normas. Somente por meio da concretização diante de um caso concreto há a possibilidade de identificação do fenômeno normativo. Antes deste processo metódico e estruturante há apenas textos de norma, despidos de normatividade.

A norma jurídica só se materializa por meio do processo de concretização. Os textos legais, contudo, fazem parte da normatividade na medida em que apresentam os programas normativos, programas estes vinculados aos fins do Estado que editou a norma. O texto normativo (entendido como programa normativo) serve, também, como ponto de partida e limite final da interpretação, na medida em que o processo de concretização do Direito deve respeitar os limites deste texto (não devendo, contudo, entender-se por este limite uma ressurreição de uma suposta *mens legis* condicionante, nem muito mesmo um retorno ao positivismo formalista kelseniano). O que há é que o texto da lei, por ter sido elaborado em um Estado que almeja determinados fins, carrega consigo um programa normativo ao qual o concretizador da norma deve se cingir, mesmo que este programa normativo não se confunda com a própria norma, pois esta é mais ampla. A norma seria um gênero dentro do qual estariam as espécies *programa normativo* (ligado ao texto da norma) e *âmbito normativo* (catálogos de fatores materiais, jurídicos ou extrajurídicos, condicionantes e pressupostos pelo programa normativo, este vinculado ao texto da lei).

A Teoria Estruturante pressupõe fatores históricos e sociais como passíveis de serem abrangidos pelo âmbito da norma. Mudando-se estes fatores, muda-se também tal âmbito da norma sem que se mude o texto legal que lhe serve de

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. (in) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, p. 166.

suporte. Encontra-se aqui a fundamentação para a mutação constitucional (muda-se a norma constitucional sem que se altere a disposição textual).

Para a Teoria Estruturante, tudo que pode ser considerado como meio adequado ao processo decisório pode ser considerado como normativo. Müller agrupa estes meios aptos para direcionar o processo decisório em dois grupos: 1 - Dados de linguagem – textos de norma primária (*Sprachdaten*); 2 - Dados reais – dados secundariamente veiculados pela linguagem sobre nexos de realidade (*Realdaten*).

A norma, pois, é uma soma entre o *programa da norma* (interpretação do contexto que a norma exerce sob a perspectiva do paradigma constitucional de determinado estado)¹⁴⁸ e o *âmbito da norma* (conjunto de pressupostos materiais ou formais, escolhidos a partir de uma análise valorativa do programa da norma, com vistas à concretização de um direito). Elucida-se:

Por normatividade, entende-se a propriedade dinâmica que a norma jurídica compreendida como modelo de ordenamento materialmente caracterizado possui para influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e ser nisso, por sua vez, influenciada pela própria realidade (normatividade factualmente determinada).¹⁴⁹

¹⁴⁸Müller, ainda, diferencia o que seria a área da norma, em contraposição ao programa da norma: “Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente – mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o ‘programa da norma’. A área da norma pertence à norma com grau hierárquico igual. Ela é a estrutura básica do seguimento da realidade social, que o programa da norma escolheu para si como a sua área de regulamentação ou que ele, em parte criou. [...] A área da norma pode ser inteiramente gerada pelo direito: esse é o caso das normas sobre prazos, termos, no caso de prescrições relativas às formas, de regras institucionais ou procedimentais; ou ela pode ser não-gerada pelo direito (arte e ciência, pesquisa e ensino, que são determinadas como livres pelo programa da norma no art. 5, 3, al. 1 da Constituição Alemã). O programa da norma é identificado através de todas as determinantes da aplicação das leis, reconhecidas como legítimas, enquanto tratamento do texto da norma desde as já mencionadas interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática, até as figuras interpretativas específicas das áreas do Direito Penal, do Direito Civil, da História do Direito e do Direito Comparado. Enquanto parte integrante material da prescrição jurídica, a área da norma deve ser identificada empiricamente.” MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência*: Elementos para uma teoria constitucional, p. 42-44.

¹⁴⁹JOUANJAN, Olivier. *De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método Jurídico sob o paradigma pós-positivista*, p. 17.

5.5 A teoria da norma de Friedrich Müller como uma teoria interna e restritiva do suporte fático dos direitos fundamentais

Como já mencionado, a teoria estruturante do direito proposta por Friedrich Müller se enquadra nos pressupostos teóricos da teoria interna, bem como considera os direitos fundamentais como tendo um suporte fático restrito. Para Müller, ao direito fundamental aplicar-se-ia tudo que foi dito acerca das outras normas do ordenamento jurídico quando se expôs aqui a sua teoria estruturante do direito. A norma jusfundamental, como norma jurídica que é, apresentaria, pois, as facetas de constituir-se em *âmbito da norma* e *proposição normativa*, aplicando-se-lhe todas as consequências descritas por Müller em sua teoria.

Para o autor alemão, todas as normas jurídicas (aí inclusas as de direito fundamental), seriam limitadas, ou seja, apresentariam um âmbito de proteção que não abrangeria todas as situações fáticas porventura surgidas no *mundo da vida*. A norma jurídica, desde sua inclusão no ordenamento jurídico, já traz em sua formação as suas limitações e possibilidades de eficácia, sendo que qualquer intervenção em seu conteúdo, para ser válida, ou é por ela de antemão autorizada, consistindo em mera regulamentação, ou é uma intervenção inválida (*restrição*), passível de vício de inconstitucionalidade quando se tratar restrição a um direito fundamental. Pelo que se vê, e fazendo-se remissão a tudo que foi dito neste trabalho acerca da teoria interna e do suporte fático restrito dos direitos fundamentais, pode-se encaixar a obra de Müller como defensora destas propostas. O autor não aceita como constitucionalmente válida para a concretização dos direitos fundamentais a atividade de ponderação de interesses, própria da teoria externa, nos moldes propostos por Alexy, por considerar que a mesma não concretiza o direito de forma a respeitar tanto o âmbito da norma quanto o programa normativo desta. Nesse sentido, afirma Pulido acerca da obra de Müller:

Segundo o princípio de constitucionalidade, o conteúdo normativo dos direitos fundamentais é a medida de constitucionalidade da lei, e não o contrário. A lei nunca pode se converter em uma medida de validade dos direitos fundamentais. Para Müller, isso sucede, contudo, quando se aplicam os direitos fundamentais por meio da ponderação. Como consequência, tais direitos deixam de ser barreiras intransponíveis para os poderes públicos; seu conteúdo e sua força se diluem.

[...]

Contudo, de acordo com Müller, o princípio da proporcionalidade não deve ser aplicado neste procedimento de concretização. Esta concretização, por seu lado, deve consistir em especificar o *programa normativo* e o *âmbito*

normativo de cada disposição jusfundamental, mediante uma análise linguística.¹⁵⁰ (tradução nossa)

Para Müller, o que importa não é saber quais são as restrições normativas permitidas em relação a um determinado direito, nem muito menos tentar averiguar qual o limite que este direito pode apresentar ou não diante de um caso concreto, na medida em que se deve verificar tudo isso no próprio conteúdo da norma jurídica, analisando-se tanto o *âmbito da norma* como o *programa normativo* que subjaz a própria essência de dado direito fundamental.¹⁵¹

Para se chegar ao conteúdo da norma de direito fundamental e, por consequência, a seus limites, é preciso, para Müller, que o intérprete perquiria tanto a faceta do âmbito da norma quanto do programa da norma. Bernal Pulido resume bem o que pretende Müller quanto à tarefa de concretização das normas, ao lecionar:

Dito de maneira sintética, o que Müller propõe é que a fundamentação das normas jusfundamentais relacionadas se efetue mediante um exercício linguístico: reconhecer todos os dados linguísticos que conformam a disposição de direito fundamental (programa normativo) e relacionar a esses dados linguísticos todos os fenômenos da realidade que lhes

¹⁵⁰PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 450-451.

“Según el principio de constitucionalidad, el contenido normativo de los derechos fundamentales es la medida de constitucionalidad de la ley, y no lo contrario. La ley nunca puede convertirse en una medida de validez de los derechos fundamentales. Según Müller, esto sucede, sin embargo, cuando se aplican los derechos fundamentales por medio de la ponderación. Como consecuencia, tales derechos dejan de ser barreras infranqueables para los poderes públicos; su contenido y su fuerza jurídica se diluyen.”

[...]

Sin embargo, de acuerdo con Müller, el principio de proporcionalidad no debe ser aplicado en este procedimiento de concreción. Antes bien, esta concreción debe consistir en especificar el programa normativo y el ámbito normativo de cada disposición iusfundamental, mediante un análisis lingüístico.”

¹⁵¹Alexy bem percebe a preocupação de Müller em se concentrar no conteúdo da norma de forma a chegar-se às suas limitações, abandonando-se a perspectiva de delimitação do direito fundamental por meio de fatores restritivos outros que não estejam dados pela própria estrutura da norma jusfundamental. É o que menciona Alexy, transcrevendo as ideias de Müller: “De acordo com Müller, contudo, essa reserva da qualidade jurídica não significa de forma alguma que todas as normas de direitos fundamentais ou têm uma cláusula de restrição escrita ou devem ser providas com uma cláusula não-escrita. Isso é exatamente o que ele rejeita taxativamente. Na verdade, o que se afirma é que ‘à garantia de cada direito fundamental são impostos limites materiais, em razão de sua qualidade jurídica’. Por isso, de acordo com a ‘concepção de norma, [que subjaz à sua teoria] [...] a definição dos limites das garantias materiais dos direitos fundamentais, [...] não é feita por meio de anexos não-escritos, mas por meio de um conteúdo normativo expresso, isto é, da extensão material-normativa do âmbito normativo formulado, sugerido (ou) inequivocadamente pressuposto pelo texto do dispositivo. A definição de limites e a definição de conteúdos deve, portanto, expressar substancialmente a mesma coisa. A questão dogmática primária não [deve ser] de forma alguma a maneira pela qual um direito fundamental pode ser restringido, mas sim o quão extenso é seu conteúdo de validade, a ser desenvolvido a partir da análise do âmbito da norma [...] e de sua expressão por meio do programa normativo do direito fundamental.” ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos Fundamentais*, p. 310-311.

correspondam (âmbito normativo). A única coisa que é preciso identificar-se na conformação constitucional das leis, é se as normas que estabelecem entram em contradição com alguma das normas que formam parte do programa o do âmbito normativo de alguma disposição de direito fundamental. Para tal fim, o intérprete deve utilizar os métodos tradicionais da interpretação, as técnicas de aplicação do direito desenvolvidas pela hermenêutica e, sobretudo, deve ter em conta que nenhuma concretização dos direitos pode contradizer a literalidade das disposições jusfundamentais.¹⁵² (tradução nossa)

O âmbito da norma é aqui importante porque corresponde, nas ideias do autor, ao suporte fático. Saber se algo está ou não contido no âmbito da norma de determinado direito nada mais é, para Müller, que saber qual a extensão do suporte fático deste mesmo direito. Müller entende que quando da análise do âmbito da norma de dado direito fundamental, faz-se necessário verificar se uma determinada modalidade do exercício do direito é ou não *específica* do âmbito da norma. Se a forma em que se dá o exercício do direito está dentro do *âmbito da norma* do direito fundamental, então esta modalidade é *específica*. Se o exercício do direito não encontra suporte no âmbito da norma do direito fundamental, por sua vez, caracterizar-se-á em uma modalidade *não-específica* do âmbito da norma. Pelo que se pode ver, o conceito de *específico* e *não-específico*, proposto por Müller, nada mais é do que definir se algo está ou não protegido pelo suporte fático da norma jusfundamental: se a conduta/omissão está abrangida pelo suporte fático de determinada norma de direito fundamental, então ela será uma modalidade *específica*; se, por sua vez, a conduta ou omissão não encontra arrimo dentro deste suporte fático, então tal conduta/omissão será *não-específica*. Cola-se, quanto à proposta de Müller, a síntese que estabelece Alexy quanto à ideia de suporte fático daquele autor:

O que foi dito até aqui já sugere que a teoria da extensão material de Müller se inclui entre as teorias do suporte fático restrito. Isso fica completamente claro a partir de sua teoria das modalidades materialmente específicas. Do

¹⁵²PULIDO, Carlos Bernal. *Op. cit.*, p. 451-452.

“Expresado de modo sintético, lo que Müller propone es que la fundamentación de las normas iusfundamentales adscritas se efectúe mediante un ejercicio lingüístico: reconocer todos los datos lingüísticos que conforman la disposición de derecho fundamental (programa normativo) y enlazar a estos datos lingüísticos todos los fenómenos de la realidad que les corresponda (ámbito normativo). Lo único que ha de precisar-se en el enjuiciamiento constitucional de las leyes, es si las normas que establecen entran en contradicción con alguna de las normas que forman parte del programa o del ámbito normativo de alguna disposición de derecho fundamental. Para tal fin, el interprete debe utilizar los métodos tradicionales de la interpretación, las técnicas de aplicación del derecho desarrolladas por la hermenéutica, y sobre todo, debe tener en cuenta que ninguna concreción de los derechos puede contradecir la literalidad de las disposiciones iusfundamentales.”

âmbito normativo devem fazer parte apenas as modalidades ‘materialmente específicas’, ‘específicas’, constitucionalmente específicas’, ‘protegidas’ ou ‘materialmente pertencentes’, mas não aquelas modalidades não específicas de exercício de direitos fundamentais. O conceito ‘específico’ – central nas expressões acima – é definido por Müller da seguinte maneira: ‘Específica é uma forma de exercício quando se pode demonstrar que a ela não falta a conexão material com a estrutura do âmbito normativo do direito fundamental (a ser ante dogmaticamente desenvolvida).’ [MÜLLER, Frierdrich, Die Positivität der Grundrechte, p. 100]. Se uma modalidade de ação é, ou não, específica para um determinado direito fundamental é algo que deve ser decidido com base no critério de conexão com a estrutura do âmbito normativo.¹⁵³

Os autores citam bastante o exemplo clássico dado por Müller do artista que deseja pintar o quadro no meio de um cruzamento viário. Estaria ou não a conduta deste artista protegida pelo direito fundamental da liberdade de manifestação artística? Para responder a esta pergunta, para Müller, é preciso verificar se o exercício do direito pelo citado artista é específico ou não do direito fundamental que garante a liberdade artística. Para Müller, tal conduta não estaria garantida pelo direito da livre manifestação artística porque este direito fundamental não suporta, em seu *âmbito da norma*, uma conduta que traria perigo não só ao artista em questão, mas também a terceiros que porventura estivessem trafegando com seus veículos automotores na mencionada via. O *âmbito da norma* (leia-se: suporte fático) do direito fundamental que assegura a livre manifestação artística não abrange, portanto, a garantia àquele que deseja pintar um quadro em um cruzamento movimentado. Uma norma que assegurasse o direito de se pintar um quadro no meio de uma via de tráfego automotivo, portanto, seria inconstitucional na medida em que o *âmbito da norma* do direito à livre expressão artística não possui, em seu conteúdo, a garantia a uma tal conduta.

Pelo exemplo acima mencionado pode-se visualizar bem como a teoria de Müller se enquadra tanto na teoria interna quanto na visão de suporte fático restrito. É expressão da teoria interna na medida em que (utilizando-se, novamente, do exemplo) o direito fundamental que assegura a liberdade artística seria limitado, não abrangendo condutas que, a princípio, poderiam fazer parte de seu âmbito de proteção, como a de um artista que queira pintar um quadro em um cruzamento movimentado. Tal limitação é dada de antemão pelo próprio direito fundamental, estando já delimitada em seu conteúdo, em seu âmbito da norma, devendo o

¹⁵³ALEX Y, Robert. *Op.cit.*, p. 311-312.

intérprete apenas declarar o alcance material do direito fundamental em questão. No caso da teoria externa, por sua vez, nos moldes alexynianos, a conduta de pintar um quadro no cruzamento movimentado é garantida pelo direito fundamental que assegura a livre expressão artística, mas de forma *prima facie*. Para se saber, na teoria externa, se a mencionada conduta é *definitivamente* protegida pelo direito fundamental da liberdade artística, porém, é preciso fazer-se uma ponderação com os demais direitos colidentes, como o da segurança do pintor e dos condutores dos automóveis, ou mesmo do direito à vida, de modo a se realizar um sopesamento entre estes direitos para se definir se tal conduta será ou não permitida. Na teoria interna, como quer Müller, contudo, o exercício de um direito ou já está previsto em sua estrutura, em seu *âmbito da norma*, ou dela estará excluído, hipótese e que não poderá ser exercido.

Encaixa-se a teoria de Müller, também, como defensora do suporte fático restrito dos direitos fundamentais porque, como visto, para o autor alemão, uma norma de direito fundamental possuiria um alcance material dentro do qual o exercício deste direito estaria assegurado. Fora do alcance material do direito, ou seja, fora do âmbito da norma, o direito não pode ser exercido, sob pena de caracterizar uma restrição indevida à norma jusfundamental. Não são, pois, todas as condutas que tenham relação direta com a livre expressão artística (como é o caso do pintor que deseja exercer sua arte no meio do cruzamento) que estarão protegidas por tal direito, sendo necessário analisar-se o *âmbito da norma*, o alcance material do direito, de forma a se enquadrá-las ou não em seu espectro de proteção. Trata-se, por conseguinte, de uma teoria de nítido caráter restritivo do suporte fático, na medida em que nem todas as situações fáticas que tenham relação com um determinado direito fundamental serão por este protegidas. Se se tratasse, por sua vez, de uma ideia de suporte fático amplo, já que o ato de pintar um quadro no cruzamento de uma avenida (utilizando-se novamente o exemplo) tem relação temática com o direito fundamental da livre expressão artística, tal ato estará protegido, a princípio, pelo direito, mesmo que de forma *prima facie*, fazendo-se necessário um cotejo com outros direitos porventura envolvidos para se definir se a conduta será ou não protegida definitivamente, ou seja, se poderá ou não ser de fato exercida sem afronta à ordem jurídica.

6 O NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: os *limites dos limites* como instrumento garantidor de seu conteúdo

No presente item, tudo o que foi dissertado acerca dos direitos fundamentais e suas limitações, das respectivas teorias acerca destas (teoria interna e externa), bem como das concepções acerca âmbito de proteção e do suporte fático das normas jusfundamentais, será aqui utilizado de modo a se desenvolverem as conclusões objetivadas na presente dissertação. Remete-se o leitor, também, a todas as considerações estabelecidas acerca da teoria dos princípios de Robert Alexy e da teoria normativa de Friedrich Müller, na medida em que elas serão de suma importância para as escolhas das opções teóricas assumidas neste trabalho.

Os direitos fundamentais, como já foi aqui mencionado, são inseparáveis de suas limitações, na medida em que é impensável considerar seu conteúdo como ilimitado e absoluto. O estudo dos direitos fundamentais, pois, deve ser realizado conjuntamente com as considerações acerca de suas limitações, sob pena de não se chegar à real amplitude da compreensão desses direitos, bem como à concretização e à garantia deles num contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ingo Sarlet, nas linhas abaixo, reconhece a importância do estudo das limitações aos direitos fundamentais, visto que elas são fundamentais para a sistemática de tais direitos:

Com efeito, considerando que o conteúdo e o alcance dos direitos humanos e fundamentais apenas é passível de aferição mediante a inclusão das possíveis limitações às quais os mesmos estão sujeitos, quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos seus próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da ação da doutrina e da jurisprudência, mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito. Não é à toa, portanto, que já se disse que a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações.¹⁵⁴

A atividade jurisdicional e a justificação racional das decisões, atualmente, estão inseridas em uma perspectiva pós-positivista que tenta abolir a arbitrariedade discricionária dos juízes, principalmente em face dos *hard cases*, a que fazia vistas

¹⁵⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 386.

grossas o positivismo jurídico. Faz-se mister, pois, para garantir-se a efetiva concretização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, dos anseios de uma sociedade pluralista e democrática, que as restrições a estes direitos sejam acompanhadas de uma justificação baseada em uma argumentação jurídica calcada em critérios idôneos. Para se tentar assegurar tais critérios instrumentais aptos a gerar uma justificação constitucional coerente, por sua vez, a correta identificação das possibilidades e das formas de limitações aos direitos fundamentais se mostra de extrema relevância.

6.1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais: dimensões objetiva e subjetiva

Quando se pensa em núcleo (ou conteúdo) essencial dos direitos fundamentais, há a tendência inicial e intuitiva a pensar em algo sobre o qual não pode haver interferência, imutável e impassível de restrições, à semelhança de uma partícula indestrutível.¹⁵⁵ Para Pulido: “A ideia de conteúdo essencial relaciona os direitos fundamentais a entidades cuja estrutura se assemelha à das células, para assinalar que o legislador não pode afetar seu núcleo, que este é o limite às decisões políticas adotadas na legislação.”¹⁵⁶ (tradução nossa)

Essa posição que toma o núcleo essencial como absoluto, porém, no entender do presente trabalho, somente pode ser adotada em se partindo de uma concepção objetivista do núcleo essencial desses direitos. Os direitos fundamentais, em uma perspectiva individual ou subjetiva, sempre possuem um núcleo essencial

¹⁵⁵Em trabalho anterior, desenvolvemos a ideia de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais (pelo em uma visão absoluta) se assemelha muito às concepções do atomismo de Leucipo e Demócrito acerca do átomo, partícula esta que para estes filósofos seria impassível de restrição e modificação, sendo perenes e imutáveis, na medida em que “tal semelhança se dá na medida em que um direito fundamental possuiria um núcleo em relação ao qual não seriam permitidas mudanças de quaisquer espécies, seja pelo legislador, julgador, executor das leis, seja pelo intérprete. Tal núcleo se nos apresentaria como um ente imutável e impassível de alteração. Alguns juristas entendem, inclusive, que, num novo processo constituinte, mesmo com toda sua liberdade de atuação, ter-se-ia que respeitar a essência dos direitos fundamentais já consagrados e conquistados. Os átomos de Leucipo e Demócrito também apresentariam tais qualidades, na medida em que seriam indestrutíveis e imodificáveis.” SANTIAGO, Denny Mendes. O Atomismo de Leucipo e Demócrito: sua possibilidade de atuação como ferramenta interpretativa acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.9, p. 158.

¹⁵⁶PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la Proporcionalidad e los Derechos Fundamentales*, p. 407. “La tesis del contenido esencial asimila los derechos fundamentales a entidades cuya estructura se asemeja a la de las células, para señalar que el legislador no puede afectar su núcleo, que este es el límite a las decisiones políticas adoptadas en la legislación.”

relativo, na medida em que podem ser restringidos ao máximo sem que o seu conteúdo enquanto direito fundamental objetivo seja afetado. Explica-se melhor a ideia nas linhas abaixo.

Como lembra Virgílio Afonso da Silva, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser encarado sob uma perspectiva subjetivista ou objetivista.¹⁵⁷

Alexy também estabelece a divisão, ao ditar que:

Deixando de lado as variadas nuances do debate, é possível sistematizar as teorias acerca do conteúdo essencial por meio da utilização de dois pares conceituais: de acordo com o primeiro par, as teorias sobre o conteúdo essencial são diferenciadas enquanto se relacionem a garantia do conteúdo essencial a uma situação *subjetiva* ou a uma situação *objetiva* de regulação constitucional [...]¹⁵⁸

Segundo a primeira concepção, os direitos fundamentais devem ter seu conteúdo essencial assegurado em relação a um indivíduo, ou seja, enquanto direito fundamental subjetivo de uma pessoa. O núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando tomados em sua perspectiva subjetiva e absoluta, acarretaria a consequência de que um direito fundamental de um indivíduo jamais poderia ser abolido completamente, sob pena de ferir-se a garantia de proteção do conteúdo mínimo e essencial desse direito. Nada mais falso, como reconhece Virgílio Afonso da Silva, o qual enumera exemplos nos quais alguns direitos fundamentais subjetivos podem ser restringidos, e até mesmo abolidos, em face de um caso concreto, com justificação expressa na Constituição:

Contra esse enfoque subjetivo seria possível argumentar que em vários casos concretos é possível que nada reste de um direito fundamental, sem que isso deva ser considerado como algo a ser rechaçado. Exemplos não faltam: pena de morte (no Brasil, em caso de guerra declarada) elimina por completo o direito à vida daquele que é condenado; qualquer pena de reclusão elimina por completo a liberdade de ir e de vir do condenado (mesmo que com determinada limitação temporal); a desapropriação elimina por completo o direito à propriedade daqueles que têm seus imóveis desapropriados.¹⁵⁹

Vê-se, pois, que entender o núcleo essencial como algo absoluto, sob o prisma subjetivista, é algo impossível. O núcleo essencial dos direitos individuais

¹⁵⁷“A definição de um conteúdo essencial para os direitos fundamentais pode ser abordada, inicialmente, a partir de dois enfoques distintos: o objetivo e o subjetivo. No primeiro caso, trata-se de uma análise acerca do direito fundamental como um todo, a partir de sua dimensão como direito objetivo; no segundo o que importa é investigar se há um direito subjetivo dos indivíduos a uma proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.” Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 185.

¹⁵⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 296.

¹⁵⁹SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 186.

pode ser relativizado quando colide com outro direito fundamental que, a depender do caso concreto, poderá prevalecer em consequência da ponderação de interesses.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais, em consequência, só pode ser tomado como algo absoluto e impassível de limitação quando se adota uma perspectiva objetivista. Segundo tal perspectiva, ao contrário da subjetivista (que considera o conteúdo essencial sob o enfoque de um direito fundamental subjetivo do indivíduo), os direitos fundamentais possuiriam um núcleo essencial pertencente ao ordenamento como um todo, relativo à coletividade, não se referindo, portanto, às expectativas subjetivas e individuais de um só sujeito, mas à ordem jurídica tomada em seu aspecto objetivo. Tendo-se em vista tal acepção objetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, podemos considerar a possibilidade de um conteúdo mínimo absoluto destes direitos, impassível de limitações.

A lógica dos exemplos dados por Virgílio Afonso da Silva, nos quais o conteúdo essencial dos direitos fundamentais tomados em uma perspectiva individual e subjetiva não poderia ser considerado como absoluto, não valeria para o núcleo essencial das normas jusfundamentais considerado como uma realidade objetiva. O encarceramento de uma pessoa, por exemplo, que representa uma supressão completa ao seu direito fundamental subjetivo de liberdade de locomoção, se tomado em uma perspectiva objetivista, não representa uma violação ao núcleo essencial do direito à liberdade de locomoção em sua faceta objetiva, como um direito inerente à coletividade como um todo. O encarceramento de um indivíduo, pois, representa uma aniquilação completa do direito fundamental à locomoção do encarcerado mas, ao mesmo tempo, pode servir como uma garantia de preservação ao direito fundamental objetivo de liberdade de locomoção, do qual é titular não somente o indivíduo encarcerado, mas toda a coletividade.

A identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pelo que foi exposto, vai depender, portanto, da perspectiva que se adota: a) numa visão subjetivista, não seria possível considerá-los como absolutos, na medida em que podem ceder completamente em face dos interesses da coletividade (*vide* o caso do instituto da desapropriação, por exemplo, no qual o direito fundamental subjetivo à propriedade cede completamente em face do interesse público). Os direitos fundamentais, pois, numa perspectiva de direito subjetivo, serão sempre relativos, não podendo ser considerados como detentores de um conteúdo essencial ilimitável;

b) numa visão objetivista, o núcleo essencial dos direitos fundamentais poderia tanto ser considerado como algo absoluto, ilimitável, ou como algo relativo, neste último caso podendo sofrer limitações em face de situações nas quais seu conteúdo poderia ser diminuído em decorrência da prevalência de outro direito fundamental que num caso concreto deverá sobrepujá-lo, após a realização do sopesamento e da ponderação de interesses.

Este trabalho, como se propôs à defesa dos *limites dos limites* enquanto uma barreira absoluta de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e, em decorrência disso, de um conteúdo essencial mínimo impassível de limitação por parte da atividade legislativa, administrativa ou judicial, terá que adotar como consequência lógica a perspectiva objetivista, na medida em que, como já se viu, a visão subjetivista pressupõe necessariamente que o núcleo essencial dos direitos fundamentais detenham caráter relativo, devido aos exemplos dados por Virgílio Afonso da Silva (citados acima), em que ficou evidenciada a impossibilidade de os direitos fundamentais subjetivos possuírem um conteúdo irrestringível. A proposta da presente dissertação, neste ponto, se afasta daquela defendida por Alexy, para o qual a concepção subjetivista dos direitos fundamentais é preferível à objetivista. Para o autor alemão:

Em uma de suas primeiras decisões o Tribunal Constitucional Federal deixou em aberto a questão acerca de uma interpretação subjetiva ou objetiva [...] Mas nas decisões que se seguiram o tribunal sempre associou a garantia do conteúdo essencial a posições individuais. Nesse ponto é preciso concordar com o tribunal. Como será analisado adiante, direitos fundamentais são primariamente posições individuais. Se a Constituição estabelece algo tão importante quanto uma proibição de afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito no mínimo também a posições de direitos fundamentais individuais.¹⁶⁰

De toda forma, contudo, as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais devem necessariamente coexistir, na medida em que há, como reconhece Calil de Freitas¹⁶¹, uma interdependência entre elas. Ora, não haveria

¹⁶⁰ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 296-297.

¹⁶¹Para o autor, “a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais deve abarcar tanto sua perspectiva objetiva quanto subjetiva. Isso porque, do ponto de vista lógico, resultaria insubsistente qualquer possibilidade de proteção à dimensão subjetiva se a norma jusfundamental, objetivamente considerada, pudesse ter o núcleo essencial do direito fundamental que institui livremente afetado de forma desvantajosa. Por outro lado, igualmente sem sentido seria a hipótese de admitir-se a proteção apenas direcionada à perspectiva objetiva, aceitando-se toda e qualquer afetação desvantajosa ao exercício de hipótese fática incluída no núcleo essencial do direito fundamental. Na primeira hipótese a afetação objetiva da norma jusfundamental redundaria na afetação desvantajosa da dimensão

possibilidade de existência de um direito fundamental de caráter subjetivo se a perspectiva abstrata e objetiva desse mesmo direito fosse violada. Um indivíduo só pode ter a pretensão a um direito fundamental subjetivo se este direito lhe for assegurado, também, de forma objetiva. Somente um direito que é preservado em face do ordenamento jurídico como um todo, objetiva e abstratamente, pode ser passível de ser titularizado por um só indivíduo, já que se o direito não for assegurado para toda a coletividade, não o será subjetivamente para ninguém. Por sua vez, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impescinde necessariamente da dimensão subjetiva, isso porque não adiantaria em nada que um direito fosse assegurado abstratamente para toda a coletividade, enquanto direito objetivo, sendo que fosse, ao mesmo tempo, desrespeitado em relação a um indivíduo, enquanto direito subjetivo.

Em se adotando a perspectiva objetivista (como quer o presente trabalho, para facilitar a visualização de suas conclusões finais), por sua vez, abrem-se duas possibilidades teóricas: a) aquela que defende que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é algo relativo, podendo ter seu conteúdo expandido ou diminuído em face do caso concreto, em decorrência do conflito com outros direitos fundamentais, conflito este a ser solucionado pela atividade do sopesamento¹⁶² (esta corrente é chamada de teoria relativa dos direitos fundamentais, e tem como defensores, entre outros, Robert Alexy¹⁶³ e Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁴); b) aquela que defende que os direitos fundamentais possuem uma esfera intangível, impassível de restrição, correspondendo ao núcleo essencial (tal corrente, chamada de teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais, possui como principais defensores,

subjetiva; na segunda alternativa, estar-se-ia retirando à norma objetivamente considerada a possibilidade de produzir direito subjetivo. É, contudo, possível conjugar-se ambos os enfoques que, antes e ao contrário de serem opostos se complementam: sempre que a lei afete desvantajosamente a um direito fundamental, em face da dupla natureza dos direitos fundamentais, tanto as garantias institucionais enquanto normas objetivas do sistema jurídico, quanto direitos subjetivos atribuíveis individualmente, a respectiva garantia deve compreender, naturalmente, as duas facetas: objetiva e subjetiva." FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, p. 199-200.

¹⁶²Conforme Alexy: "Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais são restrições à sua própria restrição e restringibilidade." ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 296.

¹⁶³Ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

¹⁶⁴Ver SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*.

entre outros, Vieira de Andrade,¹⁶⁵ J.J. Gomes Canotilho,¹⁶⁶ Friedrich Müller¹⁶⁷ e Peter Häberle¹⁶⁸).

No próximo item, ao apresentar a teoria dos *limites dos limites*, dedicar-se-á o presente trabalho a uma análise mais detalhada acerca das teorias absolutas e relativas acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que é a partir delas que se torna possível identificar o alcance dos *limites dos limites*.

6.2 A proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

6.2.1 A proteção aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

Os direitos fundamentais, devido à fundamentalidade que possuem (com o perdão pela redundância!), ocupam no sistema normativo constitucional uma posição de relevância em relação aos outros direitos. Por tal motivo, as normas jusfundamentais devem gozar de uma proteção mais efetiva em comparação às demais normas do ordenamento jurídico. Limitar um direito consubstanciado em uma norma jurídica comum não traz tantos problemas quanto limitar um direito fundamental, fato este que serve para corroborar a aplicação de toda uma sistemática *sui generis* em favor destes direitos, de modo que quaisquer restrições a eles seja devidamente fundamentada.

A Constituição brasileira de 1988 garantiu alguns instrumentos que destacam as normas jusfundamentais das demais, concedendo-lhes uma garantia maior de proteção. Alguns dispositivos constitucionais deixam clara essa preocupação com a garantia desses direitos, como, por exemplo, o artigo 4º, inciso segundo, em que se afirma que as relações do Brasil na ordem internacional reger-se-ão pelo princípio da prevalência dos direitos fundamentais¹⁶⁹, ao dispor:

¹⁶⁵Para Vieira de Andrade, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, protegido pelo art. 18, n. 3, da Constituição Portuguesa, seria não só absoluto como se constituiria na noção mesma de dignidade da pessoa humana, com ela se confundindo. Ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, p. 306.

¹⁶⁶Ver CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* e CANOTILHO, José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.

¹⁶⁷Ver MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*.

¹⁶⁸Ver HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*.

¹⁶⁹Neste trabalho, a expressão *direitos humanos* será tomada como sinônima de *direitos fundamentais*. A doutrina majoritária corrobora a identificação aqui adotada, na medida em que considera que os direitos fundamentais nada mais são do que os direitos humanos positivados na ordem interna. É o que entende Martin Borowski, ao diferenciar os direitos humanos dos direitos

Artigo 4º

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelas seguintes normas e princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos;

[...]

Outro dispositivo constitucional que deixa explícita a importância destes direitos no sistema normativo brasileiro é o artigo 5º, parágrafo 1º, segundo o qual as “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.¹⁷⁰ Tal dispositivo tem interpretação polêmica entre os constitucionalistas, sendo que a “doutrina ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao significado e alcance do preceito em exame, que passou a integrar a pauta dos temas mais polêmicos no âmbito de nosso direito constitucional.”¹⁷¹ Tal dispositivo visa a preservar as normas jusfundamentais, dotando-as de uma importância maior no sistema jurídico, com vistas a “evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que eles permaneçam letra morta no texto da Constituição.”¹⁷² O parágrafo primeiro do artigo 5º visa a que os direitos fundamentais não sejam considerados apenas como meras normas destituídas de eficácia e dependentes,

fundamentais: “Los derechos humanos son derechos morales. Estos derechos tienen validez solamente en razón de su corrección material. Su institucionalización, positivación o efectividad social no desempeñan ningún rol como criterio de validez. Lo característico de estos derechos ES su fundamentalidad, propiedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Por este motivo, los derechos humanos constituyen el núcleo de las teorías de la justicia. Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridad frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad de este último. Finalmente, también es característico de los derechos humanos su índole abstracta.

Los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos fundamentales nacionales e supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente.” BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, p. 30-33. É o critério usado também por Perez Luño, o qual dita: “Los términos derechos humanos e derechos fundamentales son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término derechos fundamentales para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos sería más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales. LUÑO, Antonio Perez. *Los Derechos Fundamentales*, p. 44.

¹⁷⁰Idem.

¹⁷¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 261-262.

¹⁷²SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 264.

para possuírem tal eficácia, da atividade concretizadora do legislador ordinário ao aprovar leis regulamentadoras destes direitos.¹⁷³

O dispositivo em questão é muito polêmico por suscitar dúvidas quanto ao seu alcance. Se as normas jusfundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata, como quer o dispositivo à primeira vista, a atividade do legislador infraconstitucional na tarefa de regulamentá-las dando-lhes concretude seria despicienda, bem como os instrumentos constitucionais do *mandado de injunção* e da *ação de inconstitucionalidade por omissão* desnecessários, na medida em que tais normas não careceriam de regulamentação. Não é essa, contudo, a interpretação que deve ser dada ao dispositivo. Considerar, porém, que as normas de direito fundamental carecem necessariamente da intervenção concretizadora do legislador ordinário para produzirem efeito é tomar o artigo 5^a, parágrafo 1^o, como letra morta, além de reduzir a força normativa dos direitos fundamentais.¹⁷⁴

No entender de Ingo Sarlet, o dispositivo do artigo 5^o, parágrafo 1^o, deve ser entendido como uma presunção de que os direitos fundamentais possuem uma eficácia direta e imediata em face do caso concreto. Deve-se, para o autor, adotar um mandamento de otimização visando a dar a máxima efetividade possível a esses direitos. Qualquer exclusão do caráter direto e imediato das normas jusfundamentais deverá ser devidamente justificado, considerando-se as peculiaridades do caso concreto e os respectivos interesses envolvidos. É o que afirma o autor, nas seguintes passagens:

¹⁷³Para Steinmetz: “O Poder Constituinte, ao prescrever, textualmente, que as normas de direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, decidiu que, no âmbito de vigência da CF, os direitos fundamentais são uma categoria de direitos com força especial e que por isso devem ser tomados a sério.” STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais*, p. 122-123.

¹⁷⁴Para compatibilizar a teoria de José Afonso da Silva com esse ditame constitucional, deve-se distinguir, inicialmente, o que seria o significado de aplicabilidade. A teoria do autor enuncia que tanto as normas de eficácia plena quanto as de eficácia contida teriam “aplicabilidade” direta e imediata, e as de eficácia limitada teriam “aplicabilidade” mediata ou indireta. A aplicabilidade se relacionaria à necessidade, ou não, de providências ulteriores para a complementação da eficácia da norma, enquanto o termo aplicação – imediata no caso dos direitos fundamentais – significaria a possibilidade de a norma possuir os meios aptos à incidência sobre os fatos e situações que ela regula. Sendo assim, José Afonso da Silva afirma que, em regra, os direitos de primeira dimensão, particularmente as liberdades fundamentais, teriam aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais, correspondentes aos direitos de segunda dimensão, poderiam ter, ou não, tal aplicabilidade imediata, principalmente quando se relacionarem a normas de conteúdo programático, ou mesmo aquelas de caráter social, como se exemplificaria com direito à greve. Para maiores informações, ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

Para além disso (e justamente por esse motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais. [...] Isso significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto. [...]

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo primeiro, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.¹⁷⁵

Um outro instrumento de proteção aos direitos fundamentais positivado no ordenamento jurídico brasileiro (não proveniente da redação original da Constituição de 1988, na medida em que acrescentado pela Emenda Constitucional de número 45, do ano de 2004), é o dispositivo do artigo 5º, parágrafo 3º, o qual dispõe:

Art. 5º [...]

[...]

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O dispositivo em questão tentou encerrar uma polêmica que havia na doutrina e na jurisprudência em relação à classificação das normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro derivadas de tratados e convenções internacionais. Era pacífico o entendimento de que as normas de conteúdo *não fundamental* seriam incorporadas com o *status* de normas ordinárias. Em relação às normas de direitos fundamentais incorporadas, porém, havia dúvida quanto à hierarquia que as mesmas possuíam dentro do ordenamento jurídico. Seriam as normas com conteúdo de direito fundamental, porventura incluídas no ordenamento jurídico pátrio, possuidoras de hierarquia constitucional ou, por sua vez, à semelhança do que ocorre com as normas de conteúdo *não fundamental*, teriam *status* ordinário? A

¹⁷⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 271.

doutrina e a jurisprudência divergiam quanto ao assunto, sendo que a polêmica foi parcialmente resolvida com a promulgação da Emenda Constitucional 45, de 2004.

A partir da citada emenda, toda norma de conteúdo jusfundamental porventura incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro passaria a possuir hierarquia formal e material de norma constitucional, desde que apreciadas pelo trâmite legislativo mais rígido próprio das emendas constitucionais, qual seja, de serem aprovadas em dois turnos pelos votos de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

A nova redação trazida pela Emenda Constitucional 45, porém, não encerrou a celeuma doutrinária e jurisprudencial quanto à questão, na medida em que não há disposição quanto ao caráter hierárquico das normas de direitos fundamentais oriundas de tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil que não passem pelo processo mais rígido de aprovação próprio das emendas constitucionais, como o previsto pela redação do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição.

O problema voltou a ser muito discutido em doutrina e jurisprudência, até que o Supremo Tribunal Federal adotou¹⁷⁶ a tese do Ministro Gilmar Mendes de que as normas com conteúdo jusfundamental incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de tratados e convenções internacionais poderão assumir dois *status* hierárquicos: a) O de normas materialmente constitucionais, sendo que neste caso deverão ser aprovadas pelo quórum qualificado do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição; b) O de normas infraconstitucionais, porém, com hierarquia supralegal, quando não aprovadas segundo o trâmite previsto para as emendas constitucionais. Neste último caso, terão tais normas, mesmo não sendo constitucionais, a prerrogativa de suspenderem toda a legislação ordinária que lhes for contrária ou regule a mesma matéria, decorrendo daí a função que a hierarquia de supralegalidade lhes proporciona.

A Emenda Constitucional 45 e, posteriormente, a evolução da jurisprudência do STF, conferiram aos direitos fundamentais uma garantia maior de proteção, dificultando o processo de esvaziamento dos mesmos. Esta importância conferida aos direitos fundamentais foi corroborada por meio de uma hierarquização maior que os mesmos possuem em relação aos demais direitos, quando eventualmente

¹⁷⁶Ver RE 349.703 e 466343 e do HC 466343.

incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio por meio de tratados ou convenções internacionais.

Um outro instrumento (talvez o mais importante) trazido pela Constituição de 1988 foi o dispositivo do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, o qual dispõe:

Art. 60 [...]

[...]

Parágrafo 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

O dispositivo acima representa uma garantia essencial aos direitos fundamentais, por prever que não será admissível proposta tendente a aboli-los. A redação do inciso quarto também foi objeto de polêmica doutrinária na medida em que não há menção, pela literalidade da lei, a todos os direitos fundamentais, mas apenas aos direitos e garantias individuais. Entende-se aqui, porém, que *Lex minus dixit quam voluit*, na medida em que direitos e garantias individuais são apenas os direitos fundamentais constantes do artigo 5º. Por que o constituinte teria dado essa proteção apenas aos direitos e garantias de primeira dimensão (individuais), tendo se esquecido dos demais direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão? A doutrina e a jurisprudência¹⁷⁷, atualmente, tem se firmado em dar uma interpretação mais ampla ao dispositivo em questão, incluindo como limites materiais ao poder constituinte reformador (cláusulas pétreas) não só o conteúdo dos direitos e garantias individuais, mas todos os direitos fundamentais. É o entendimento de Marmelstein, o qual leciona:

Uma interpretação meramente gramatical do art. 60, pár. 4º, inc. IV, da Constituição de 88, poderia levar à conclusão de que tais dispositivos não se aplicariam a todos os direitos fundamentais, mas apenas aos direitos e garantias individuais, pois o dispositivo menciona textualmente, como objeto de proteção, apenas esses direitos, não englobando expressamente outras espécies, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Desse modo, com base na análise meramente gramatical e estrita do texto constitucional, somente seriam cláusulas pétreas os direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição, já que ali estariam os únicos direitos e garantias individuais escolhidos pelo constituinte para comporem o núcleo imutável do ordenamento jurídico.

Trata-se, porém, de uma análise equivocada, pois é possível afirmar que todos os direitos fundamentais – e não apenas os previstos no art. 5º - estão

¹⁷⁷Ver os seguintes precedentes do STF: ADI 3685/DF, ADI 939-7/DF, ADI 1946/DF.

acobertados pela proibição de abolição pelo poder reformador, até porque esses direitos são potencialmente hábeis a gerar para seus titulares pretensões subjetivas, sendo, portanto, capazes de se transformar em direitos individuais.¹⁷⁸

O dispositivo acima transcrito, que assegura aos direitos fundamentais uma barreira contra quaisquer intervenções legislativas que esvaziem seu conteúdo, representa, na visão deste trabalho, o instrumento constitucional mais importante de que dispõem as normas jusfundamentais contra intervenções excessivas em seu núcleo essencial. O dispositivo é claro ao mencionar que é defeso ao legislador intervir no sentido de abolir o conteúdo das normas de direito fundamental. O destinatário dessa proibição constitucional, ao que parece à primeira vista após uma leitura perfunctória do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, não é só o legislador, na medida em que tal proibição se dirige também aos juízes e aos administradores públicos, os quais, com suas decisões judiciais e atos administrativos, respectivamente, podem intervir indevidamente no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, podendo inclusive esvaziá-los completamente, incorrendo com isso, pois, em inconstitucionalidade.

O dispositivo constitucional que posiciona os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas corrobora o entendimento deste trabalho de que esses direitos e garantias possuem, necessariamente, um núcleo essencial que não pode ser relativizado a ponto de seu total esvaziamento, como admitem, na contramão da posição aqui adotada, Alexy e Virgílio Afonso da Silva. Estes autores, como já foi visto em item anterior desta dissertação, aceitam que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido caso a caso, após a ponderação dos diversos interesses colidentes em face do caso concreto, de modo que, somente após a atividade do sopesamento, pode-se visualizar o núcleo essencial das normas jusfundamentais, o qual poderá, como admitem, ser completamente esvaziado em certos casos, quando um interesse com precedência assim o exigir.

Ora, tal entendimento de certa corrente da teoria relativa (do qual são adeptos Alexy e Virgílio Afonso da Silva) que admite como possível a relativização total dos direitos fundamentais a ponto de que em alguns casos nada lhes reste de seu conteúdo só pode ser aceito, na visão desta dissertação, quando se adota a

¹⁷⁸MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, p. 263.

perspectiva subjetiva destes direitos. Adotando-se o viés subjetivista e desconsiderando a visão objetivista, como já mencionado neste trabalho, podem os direitos fundamentais ser completamente abolidos em face de um caso concreto (*vide* os exemplos da desapropriação ou do encarceramento em regime fechado de um indivíduo, entre outros casos em que o direito fundamental subjetivo pode ser completamente esvaziado em prol de interesses colidentes com precedência em certos casos concretos, interesses estes que em geral se identificam com o interesse público).

Numa perspectiva objetivista, por sua vez, na visão que esta dissertação ora propõe, considera-se os direitos fundamentais como uma realidade constitucional pertencente ao ordenamento jurídico como um todo, sendo que tais direitos jamais podem ter os seus núcleos essenciais suprimidos, mesmo que haja uma justificação argumentativa decorrente da atividade de ponderação. Considerar o núcleo essencial como algo relativizável a ponto de poder ser completamente esvaziado em determinados casos concretos é uma violação ao próprio mandamento constitucional que considera os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, impassíveis de abolição, pois. Considerando as normas jusfundamentais enquanto uma realidade objetiva e inerente à ordem jurídica constitucional como um todo, não é possível, no entender deste trabalho, considerar o núcleo essencial destas normas como totalmente relativizável a ponto de poderem ser suprimidos quando outro interesse com precedência assim o exigir.

Como mencionado, os direitos fundamentais só poderiam ter o núcleo essencial esvaziado quando se referirem a direitos subjetivos. Admitir o afastamento por completo de um direito fundamental por considerar que outro direito colidente tenha precedência em face do caso concreto, como querem os alexyanos, só pode ser admitido, na visão do presente trabalho, em se tratando de direitos fundamentais subjetivos. Considerados enquanto realidade objetiva, os direitos fundamentais jamais poderão ter seu núcleo essencial suprimido, mesmo que a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) assim o exigir, sob pena de violação expressa ao mandamento constitucional que proíbe a abolição dos direitos fundamentais.

A supressão e o esvaziamento do núcleo essencial dos direitos fundamentais podem e devem ser admitidas (sempre como resultados de uma justificação constitucional calcada na proporcionalidade) quando se considera tais direitos enquanto direitos subjetivos. A teoria dos princípios é plenamente viável,

mas somente quando aplicada aos direitos fundamentais subjetivos. Para os direitos fundamentais tomados em uma perspectiva objetiva, repita-se, não se pode considerar que seus núcleos essenciais possam ser relativizados e esvaziados, pois admitir isso é afrontar mandamento constitucional expresso que proíbe o esvaziamento completo desses direitos. A teoria dos princípios de Alexy, pois, falha nesse ponto, sendo necessário buscar respostas outras que não somente na teoria alexyana, de forma a tentar resolver o problema da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

6.2.2 Os *limites dos limites*

A Constituição brasileira, ao contrário das Constituições de Espanha, Portugal e Alemanha, não contem mandamento expresso no sentido de impedir a afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. O dispositivo do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, apesar de tomar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas (considerando não a literalidade do dispositivo, que menciona somente os direitos individuais, mas seguindo uma interpretação ampliada e sistemática da Constituição, como quer a doutrina e a jurisprudência atuais), não faz qualquer menção à necessidade de preservação do núcleo essencial desses direitos. Apesar de não mencionar expressamente a necessidade de preservação do núcleo essencial das normas jusfundamentais, o sistema constitucional brasileiro, assim como o de Espanha, Portugal e Alemanha, pressupõe instrumentos que visam a impedir o desvirtuamento dos direitos fundamentais. Tais instrumentos consistem no que se convencionou chamar de *limites dos limites*.

A noção de *limites dos limites* nasce do entendimento hoje unânime de que os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, podendo sofrer limitações de modo a atender aos diversos interesses conflitantes na sociedade, seja na relação entre os particulares, seja na relação entre estes e os poderes públicos, seja no trato que os poderes públicos desenvolvem entre si. Para conciliar estes diversos interesses que quase sempre se chocam, há a necessidade de que os direitos fundamentais possuam uma margem dentro da qual seu conteúdo poderá ser relativizado. O fato de que direitos fundamentais podem, pois, ser limitados, gera a

preocupação relativa à necessidade de que haja critérios para tais limitações¹⁷⁹, de modo que a intervenção no conteúdo destes direitos seja feita de maneira criteriosa e parcimoniosa, com vistas a preservar a efetividade destas normas centrais do ordenamento jurídico. Se não houver critérios para a limitação das normas jusfundamentais, corre-se o risco de que elas sejam descaracterizadas, o que contrariaria todo o sistema constitucional, o qual tem como pilar a garantia de proteção e otimização da efetividade das mesmas. Decorre daí que na atividade de limitação aos direitos fundamentais haja necessariamente instrumentos de controle aptos a conformar tal atividade, de modo a impedir intervenções indevidas nestes direitos. Há, pois, uma série de critérios que delimitam as intervenções nos direitos fundamentais, configurando verdadeiras limitações à possibilidade de limitação dos mesmos, o que, segundo a doutrina, seriam os *limites dos limites*. Canotilho leciona acerca do conceito, ao mencionar:

As leis restritivas estão sujeitas a uma série de requisitos restritivos dessas mesmas leis. Por isso fala-se aqui das restrições às restrições ou limites dos limites.

A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos. Para além desta formulação (pouco rica, de resto, relativamente ao conteúdo de informação).

[...]

Discutem-se fundamentalmente dois problemas: (1) qual o objeto de proteção: o direito subjetivo individual ou garantia objetiva? (2) qual o valor da proteção: o núcleo essencial é um valor absoluto ou depende da sua conformação com outros direitos.¹⁸⁰

Essa teoria dos *limites dos limites* se originou na Alemanha e visou a descrever as conformações à atividade de limitação aos direitos fundamentais, principalmente em face das disposições do artigo 19 da Lei Fundamental da

¹⁷⁹ Tal preocupação quanto ao estabelecimento de critérios para a atividade de limitação aos direitos fundamentais é revelada por Böckenförde, ao dizer: “Desde o momento em que os direitos fundamentais já não estão com carácter geral à disposição do legislador, a questão acerca da medida e extensão de sua limitabilidade pelo legislador se converte em um problema decisivo. Encontrar parâmetros e limites para isso foi o terceiro passo no desenvolvimento dos direitos fundamentais como direitos individuais de liberdade.” (tradução nossa) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, p. 101.

“Desde el momento en que los derechos fundamentales ya no están con carácter general a disposición del legislador, la cuestión acerca de la medida y extensión de su limitabilidad por el legislador se convierte en un problema decisivo. Encontrar parámetros y límites para esto fue el tercer paso en el desarrollo de los derechos fundamentales como derechos individuales de libertad.”

¹⁸⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 451-459.

República Federal alemã, de 1949. Este dispositivo do artigo 19 elenca critérios à atividade interventiva nas normas de conteúdo jusfundamental. Jane Pereira leciona acerca da origem da expressão *limites dos limites* na doutrina alemã:

A expressão *limites dos limites*, que se difundiu na dogmática germânica da Lei Fundamental de Bonn, visa a designar os diversos obstáculos normativos que restringem a possibilidade de o poder público limitar os direitos fundamentais. Tal locução originou-se de uma conhecida conferência sobre os limites dos direitos fundamentais proferida por Karl August Betterman, na sociedade jurídica de Berlim, em 1964. Segundo Betterman, as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição, que são os *limites dos limites dos direitos fundamentais*. Consoante seu pensamento, as condições mais importantes estabelecidas na Lei Fundamental são a garantia do conteúdo essencial (art. 19, 2) e a dignidade humana (art. 1, 1), sendo também relevante o imperativo de que todas as limitações aos direitos fundamentais devem objetivar a promoção do bem comum.¹⁸¹

Os *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*) foram concebidos pela doutrina alemã em face da preocupação em se criar critérios para as limitações aos direitos fundamentais, principalmente tendo-se em vista a proteção ao núcleo essencial dos mesmos, os quais, quando afetados, levam à descaracterização da própria ideia de fundamentalidade dessas normas. Transcreve-se a seguir a redação do dispositivo do artigo 19 da Lei Fundamental alemã, o qual serviu de mote para a concepção dos *limites dos limites*, tendo inspirado inclusive a redação de dispositivos semelhantes nas Constituições de Portugal e Espanha:

Artigo 19 (Restrição a direitos fundamentais)

1 – Quando, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental puder ser restringido por lei ou com base numa lei, essa lei deverá ter caráter geral e não ser limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

2 – Em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial.

3 – Os direitos fundamentais valem igualmente para pessoas jurídicas nacionais, na medida em que, pela sua natureza, lhes sejam aplicáveis.

4 – Quem for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública, poderá recorrer à via judicial. Segue-se a via ordinária, se não se justificar outra competência. Mantém-se válido o período 2º do nº 2 do artigo 10º

Transcreve-se abaixo, também, o dispositivo semelhante disposto na Constituição de Portugal em seu artigo 18, 3:

¹⁸¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 298.

Artigo 18º
(Força Jurídica)

1. [...]
2. [...]

3. As leis restritivas de direitos, liberdade e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Já o dispositivo da Carta da Espanha, no artigo 53, I, dispõe:

Artigo 53.

1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todo caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poder-se-á regular o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a).

A previsão mais interessante e polêmica dos citados artigos é o artigo 19, 2, da Lei Fundamental da Alemanha, que, como se viu, serviu de base para a redação de dispositivos semelhantes nas Constituições espanhola e portuguesa. O artigo 19, 2, dita que o direito fundamental não poderá, em caso algum, ter seu núcleo essencial afetado. O dispositivo representa uma substancial garantia à proteção do núcleo essencial das normas jusfundamentais, sendo, porém, objeto de muita polêmica acerca do real alcance de tal previsão, na medida em que há diversas concepções quanto à extensão e ao conceito de núcleo essencial (a presente dissertação tratará disso no próximo item, quando se analisará as teorias absolutas e relativas do núcleo essencial dos direitos fundamentais). Dimitri Dimoulis percebe bem a polêmica oriunda da redação do artigo, a qual opõe de um lado os defensores da teoria absoluta dos direitos fundamentais e de outro os da teoria relativa:

Na Alemanha, o art. 19, II, GG, traz uma limitação formal que é de difícil concretização e deu azo a teorias particularmente problemáticas. Segundo esse dispositivo *em caso algum pode um direito fundamental ser atingido em seu conteúdo essencial*. O conteúdo essencial funciona como limite, isto é, como obstáculo de determinadas restrições aos direitos fundamentais (na terminologia alemã: *óbice do conteúdo essencial – Wesengehaltssperre*). Todavia, o problema reside justamente em saber o que seria esse conteúdo essencial de um direito fundamental e quais as medidas estatais capazes de atingi-lo. Há duas teses a respeito: a tese de que seria relativo, devendo ser fixado em cada caso específico e a teoria de seu caráter absoluto.¹⁸²

¹⁸² DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 159.

Em relação ao dispositivo espanhol, o jurista Perez Luño faz uma breve análise redação do artigo 53, I, da Constituição da Espanha, dispositivo que, para este autor, visa garantir a proteção ao núcleo essencial aos direitos fundamentais. Vale a pena transcrever-lhe as palavras:

A Constituição espanhola, por direta inspiração do artigo 19.2 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) da República Federal da Alemanha, garante, em seu artigo 53.1, junto à reserva de lei para regular os direitos fundamentais consagrados no Capítulo II de seu Título I, a exigência de que desenvolvimento legislativo respeite, em todo caso, o conteúdo essencial de tais direitos.

O Tribunal Constitucional distinguiu duas acepções da noção de conteúdo essencial: a primeira equivale à natureza jurídica de cada direito que se considera preexistente ao momento legislativo; neste sentido se pode falar de uma recognoscibilidade desse tipo abstrato na regulação concreta, de forma que os especialistas em Direito possam responder se o que o legislador regulou se ajusta ou não ao que geralmente se entende por um direito de tal tipo; a segunda corresponde aos interesses juridicamente protegidos, n no sentido de que se lesionaria o conteúdo essencial quando o direito fica submetido a limitações que o tornam impraticáveis, o dificultam além do razoável ou o despojam da necessária proteção. Esses métodos de delimitar o conteúdo essencial não são alternativos, sendo que se podem considerar como complementares, de modo que, ao enfrentar-se com a determinação do conteúdo essencial de todo o direito concreto, podem ser conjuntamente utilizados, para contrastar os resultados aos quais por um meio ou outro pode chegar.¹⁸³

Entender a abrangência da proteção inerente aos *limites dos limites* vai depender da opção teórica que se adota acerca do caráter relativo ou absoluto dos direitos fundamentais. A se adotar uma teoria ou outra, a concepção acerca do alcance dos limites dos limites vai ser totalmente alterado. Para se identificar o que se entende por núcleo essencial dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma

¹⁸³ LUÑO, Antonio Perez. *Los Derechos Fundamentales*, p. 77.

“La Constitución española, por directa inspiración del artículo 19.2 da Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania, garantiza, en su artículo 53.1, junto a la reserva de la ley para regular los derechos fundamentales consagrados en el Capítulo II de su Título I, la exigencia de que dicho desarrollo legislativo respete, en todo caso, el contenido esencial de tales derechos.

El Tribunal Constitucional ha distinguido dos acepciones de la noción del contenido esencial: la primera equivale a “la naturaleza jurídica de cada derecho” que se considera preexistente al momento legislativo; ‘en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta, de forma que ‘los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo; la segundo corresponde a ‘los intereses jurídicamente protegidos’, en el sentido de que se lesionaría el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Estos métodos de delimitar el contenido esencial no son alternativos, sino que se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.”

breve exposição acerca das concepções relativas e absoluta acerca deste núcleo. É o que se fará a seguir.

6.2.2.1 As concepções relativas e absolutas acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Como já se mencionou em linhas passadas, o enfoque subjetivista não se coaduna de maneira coerente com a ideia de que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial absoluto (basta lembrar os vários exemplos em que direitos fundamentais subjetivos cedem totalmente em prol de interesses maiores, geralmente coletivos, como é o caso da desapropriação, que suprime, se desconsiderar-se a justa indenização, o direito à propriedade de determinado sujeito de cujo imóvel desapropriado seja titular). O enfoque deste trabalho, pois, consiste em desenvolver a ideia de núcleo essencial sob uma perspectiva objetivista, na medida em que se irá defender aqui uma perspectiva atinente à teoria absoluta, pois na visão deste estudo que ora se desenvolve, a garantia constante da concepção de *limites dos limites* ficaria descaracterizada se o núcleo essencial dos direitos fundamentais fosse passível de relativização a ponto de ser completamente esvaziado. Neste ponto, discordamos daqueles doutrinadores que pressupõe os *limites* dentro de uma perspectiva que considera o núcleo essencial dos direitos fundamentais como relativo e não absoluto. Bernardo Fernandes, por exemplo, trabalha os *limites dos limites* sob o viés relativista do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Transcreve-se aqui as palavras do autor:

O entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais, ainda mais quando tomados como valores, representa uma leitura relativista dos mesmos. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado). [...] Logo, no caso concreto em si é que poderia verificar com segurança a extensão e os limites a serem impostos a um determinado direito fundamental. Nesse sentido, com base na tese da não absolutização dos direitos fundamentais, é mister, agora, trabalharmos a possibilidade (ou não) de restrição (limitação) dos direitos fundamentais e com a intitulada tese dos limites dos limites.¹⁸⁴

¹⁸⁴FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 254.

Dentro da perspectiva objetivista acerca dos direitos fundamentais, pode-se identificar duas teorias acerca da abrangência da garantia de proteção ao núcleo essencial dos mesmos, sendo que “essas teorias são diferenciadas segundo interpretem essa garantia em um sentido absoluto ou relativo.”¹⁸⁵

As teorias absolutas e relativas se diferenciam, basicamente, em que enquanto aquelas pressupõem que o núcleo essencial dos direitos fundamentais possui uma esfera intocável, impassível de restrições externas¹⁸⁶, estas, por sua vez, defendem que o núcleo essencial destes direitos é passível de relativização, podendo ter seu conteúdo alargado ou diminuído em face do caso concreto.¹⁸⁷ Calil de Freitas assim resume a diferença entre as duas teorias:

O debate travado em torno à questão relativa à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais abarca, de um lado, um conceito relativo estabelecido a partir da premissa conforme a qual o conteúdo essencial do direito fundamental não pode ser determinado para todos os casos de um modo definitivo, estando tal estabelecimento condicionado pelos interesses jurídicos que se façam presentes, se e quando presentes. Por outro lado e em sentido contrário, o conceito absoluto opera com a noção de que o conteúdo essencial do direito fundamental é determinável independentemente das circunstâncias dos casos concretos.¹⁸⁸

Dentro da teoria absoluta, Virgílio Afonso da Silva, utilizando-se da sistematização proposta por Cláudia Drews, propõe a sua subdivisão entre as teorias absolutas *dinâmicas* e as teorias absolutas *estáticas*. A primeira teoria (*absoluta-dinâmica*) entende que os direitos fundamentais devem acompanhar as evoluções políticas e sociais da sociedade, de forma a que o conteúdo essencial dos mesmos alarguem ou diminuam sua esfera de abrangência de acordo com as novas

¹⁸⁵ALEX Y, Robert. *Op. Cit.*, p. 296.

¹⁸⁶Segundo Calil de Freitas: “Quanto á teoria absoluta, de modo completamente diverso, sua caracterização se faz a partir da consideração de que existe uma esfera permanente de direito fundamental que constitui seu núcleo essencial, que independe das circunstâncias do caso concreto. [...] Cuida-se de uma interpretação material do conteúdo dos direitos fundamentais, a qual opera nitidamente com a distinção interna a cada direito fundamental em duas partes. A primeira composta pelo seu núcleo essencial e outra composta por uma parte não essencial. Assim, o conteúdo essencial é apenas uma parte do direito fundamental que sempre estará protegida das intervenções desvantajosas; as hipóteses fáticas incluídas na parte considerada não essencial do direito fundamental apenas eventualmente aproveitarão da proteção respectiva, podendo, em contrário, sofrer restrições desde que justificáveis.” FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op. cit.*, p. 198

¹⁸⁷Polido resume as diferenças entre as teorias absolutas e relativas na seguinte passagem: “*Las teorías relativas, coincidentes como hemos dicho en gran medida con la teoría del principio de proporcionalidad, aseguran que el legislador puede intervenir en cualquier parte del contenido del derecho, siempre y cuando la intervención sea proporcionada. Por el contrario, desde la perspectiva de las teorías absolutas, la intervención legislativa solo es constitucionalmente admisible en la zona accidental o ‘no esencial’, pero nunca el núcleo Del derecho*” PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, p. 409-410.

¹⁸⁸FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op. cit.*, p. 196.

ou superadas necessidades jurídico-sociais, de forma similar às já consagradas, em doutrina e jurisprudência, *mutações constitucionais*. O que não deve haver, daí seu caráter absoluto, são as relativizações casuísticas. Cola-se aqui os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva acerca da primeira teoria:

Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação, seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo. A característica absoluta do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. Absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e continências.¹⁸⁹

A teoria *absoluta-estática*¹⁹⁰ do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na esteira dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, se diferencia da absoluta dinâmica na medida em que defende que tal núcleo não é só impassível de restrições em face de um contexto político-social determinado, mas também é imutável no tempo, ou seja, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, segundo esta acepção, terá uma abrangência de proteção que não se alterará com o decurso do tempo. É o que ensina o autor, na seguinte passagem:

Há autores, contudo, que concebem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não apenas como absolutos em sentido espacial, mas também como absolutos em sentido material-temporal. Isso quer dizer, nessa acepção do conceito, que aquilo que compõe o conteúdo essencial de um direito fundamental é não somente intangível – como visto acima –, mas também imutável. Ou seja, somente aquilo que não muda no tempo, aquilo que independa de ideologias ou da realidade social vigente, pode ser considerado como, de fato, intangível.¹⁹¹

Pulido também faz distinção semelhante à defendida por Virgílio Afonso da Silva. No entender do autor espanhol, as teorias absolutas acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais se dividiriam em *teoria espacial-absoluta* e *teoria temporal do núcleo essencial*. Para Pulido:

A teoria espacial absoluta, enquanto teoria espacial, se contrapõe às teorias temporais do conteúdo essencial. Uma teoria temporal define o núcleo dos direitos fundamentais como um conjunto de normas e posições jurídicas que sempre permanece na estrutura do direito, apesar de que este sofra mutações com o passar do tempo. Ao contrário, as teorias espaciais representam os direitos fundamentais de modo estático, como entidades corpóreas dotadas de substância, que ocupam um lugar com coordenadas

¹⁸⁹SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. Cit.*, p. 188.

¹⁹⁰Entre os defensores da teoria absoluta estática, ver NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, p. 782.

¹⁹¹SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 189.

– pense-se na metáfora das células. Definido desta forma, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se estende através de um determinado âmbito, no centro do qual se encontra seu núcleo.¹⁹² (tradução nossa)

A concepção absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais encontra arrimo, em geral, entre os autores que defendem a teoria interna.¹⁹³ Dá-se isso porque a ideia própria à teoria interna de que os direitos fundamentais já nascem com seus contornos definidos, de maneira que o seu conteúdo definitivo já é dado de antemão pela própria norma jusfundamental, bastando ao intérprete apenas declarar (e não constituir seu conteúdo em face do caso concreto), é pressuposto lógico da concepção de que os mesmos direitos possuiriam um núcleo essencial absoluto e irrestrictível, sendo imune a limitações. Para a teoria interna, quaisquer limitações ao conteúdo do direito fundamental seriam inválidas porque externas a ele. Segundo a teoria interna, as limitações aos direitos fundamentais existem, mas não podem ser dadas por meios externos, já que se encontrariam imanentes ao conteúdo deles, como já foi explanado em item pretérito deste trabalho. Aqui, a concepção de núcleo essencial absoluto encontra semelhança com os pressupostos da teoria interna, na medida em que ambas negam a atividade de ponderação quando da colisão entre os direitos fundamentais como etapa necessária para a identificação tanto dos limites a estes direitos como dos contornos de seus núcleos essenciais. Como se verá nas linhas seguintes, a ideia de núcleo essencial relativo se liga à teoria externa na medida em que ambas pressupõem a ponderação de interesses e o sopesamento em face da colisão dos direitos fundamentais como etapas necessárias tanto para a identificação da validade ou não das restrições aos direitos fundamentais como para a delimitação de seu núcleo essencial.

A concepção de conteúdo essencial, segundo a aceção relativista, por sua vez, consiste em considerá-lo como resultado de um processo argumentativo de justificação, o qual se dará após a realização da terceira fase da aplicação da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento). Só é

¹⁹²PULIDO, Carlo Bernal. *El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, p. 409. “La teoría espacial absoluta, en cuanto teoría espacial, se contraponen a las teorías temporales del contenido esencial. Una teoría temporal define el núcleo de los derechos fundamentales como un conjunto de normas y posiciones jurídicas que siempre permanece en la estructura del derecho, a pesar de que éste sufra mutaciones con el paso del tiempo. Por el contrario, las teorías espaciales representan a los derechos fundamentales de modo estático, como entidades corpóreas dotadas de substancia, que ocupan un lugar con coordenadas – piénsese en la metáfora de las células -. Definido de esta forma, el contenido de los derechos fundamentales se desplaza a través de un determinado ámbito, en el centro del cual se ubica su núcleo.”

¹⁹³Ver item 2 desta obra.

possível identificar o núcleo essencial de um direito fundamental quando houver uma colisão entre princípios jusfundamentais em face de um caso concreto a ser resolvido mediante a aplicação da ponderação de interesses, ponderação esta que levará ao resultado definitivo apto a regular a situação fático-concreta apresentada. Não seria possível, segundo os defensores da teoria relativa, conceber o núcleo essencial de um dado direito fundamental como algo abstrato e definível *a priori*, sem necessidade de recurso à ponderação e à proporcionalidade decorrentes de uma colisão entre princípios. É o entendimento de Borowski, ao rechaçar a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais por entendê-la imprecisa quanto à delimitação do que está ou não abrangido por este núcleo. Segundo o autor:

[...] segundo a teoria absoluta do conteúdo essencial, existe um núcleo fixo que não depende da ponderação. De acordo com essa teoria, já que as normas de direito fundamental não podem ser ponderadas, elas representam necessariamente regras. Então, a teoria absoluta do conteúdo essencial traz consigo imediatamente a pergunta acerca de por quais métodos deve determinar-se aquilo que constitui o conteúdo essencial. Neste ponto devem se considerar duas estratégias. A primeira supõe que o núcleo absoluto seja determinado de maneira oficial. Sem embargo, em geral pode dizer-se que uma coisa é afirmar que um direito fundamental possui um núcleo absoluto e outra muito distinta é assinalar qual conteúdo tem esse núcleo. É preciso advertir que a partir das fórmulas em que estão redigidas as disposições de direito fundamental de uma constituição, formas em geral curtas e indeterminadas, não pode determinar-se exatamente nenhum núcleo absoluto, assim como tampouco pode fazer-se a partir da vontade do constituinte. Esta circunstância leva à segunda estratégia, é dizer, à determinação do conteúdo essencial absoluto por meio da solução de uma colisão de princípios mediante uma ponderação. Não obstante, com esta deve abandonar-se já a posição da teoria absoluta do conteúdo essencial e adotar a perspectiva da teoria relativa.¹⁹⁴ (tradução nossa)

¹⁹⁴BOROWSKI, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, p. 99-100.

“[...] según la teoría absoluta del contenido esencial, existe un núcleo fijo que no depende de la ponderación. De acuerdo con esta teoría, dado que las normas de derecho fundamental no pueden ser ponderadas, ellas representan necesariamente reglas. Entonces, la teoría absoluta del contenido esencial plantea inmediatamente la pregunta acerca de por medio de qué métodos debe determinarse aquello que constituya el contenido esencial. En este punto deben considerarse dos estrategias. La primera remite a que el núcleo absoluto sea fijado de manera autoritativa. Sin embargo, en general puede decirse que una cosa es afirmar que un derecho fundamental tiene un núcleo absoluto y otra muy distinta es señalar qué contenido tiene ese núcleo. Es preciso advertir que a partir de las formulas en que están redactadas las disposiciones de derecho fundamental en una constitución, fórmulas por lo general cortas e indeterminadas, no puede determinarse exactamente ningún núcleo absoluto, así como tampoco puede hacerse a partir de la voluntad del constituyente. Esta circunstancia lleva a la segunda estrategia, es decir, a la determinación del contenido esencial absoluto por medio de la solución de una colisión entre principios mediante una ponderación. No obstante, con ello debe abandonarse ya la posición de la teoría absoluta del contenido esencial y adoptar la postura de la teoría relativa.”

O núcleo essencial de um determinado direito fundamental só poderia ser dado, por conseguinte, caso a caso, sempre como fruto de uma ponderação e como resultado de uma justificação das restrições a que tal núcleo essencial está sujeito em face do caso concreto.¹⁹⁵ Calil de Freitas identifica essa necessidade de justificação como pressuposto da teoria relativa, ao afirmar:

A teoria relativa parte da premissa conforme a qual toda restrição imposta a direitos fundamentais exige uma justificação, tenha ela autorização constitucional explícita ou implícita, no último caso desde que corresponda à necessidade de preservar outros direitos fundamentais ou outros bens constitucionalmente protegidos. [...] ao núcleo essencial do direito fundamental, nessa linha de considerações, chega-se a partir de um juízo de ponderação com recurso ao princípio da proporcionalidade que se realiza no caso concreto, como forma de verificar se a medida restritiva é adequada à proteção do bem constitucional por ela pretendido garantir, se a intensidade da intervenção desvantajosa no direito fundamental em causa é inevitável, em razão da inexistência de alternativa menos desvantajosa e, por fim, se a lesão produzida com a afetação desvantajosa do direito fundamental é proporcional à proteção conferida ao bem constitucionalmente protegido que se apresenta contraposto.¹⁹⁶

Para a teoria relativa, pois, ao contrário do que se dá sob o enfoque absoluto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais não é algo fixo, determinável em abstrato, mas é fruto de um processo de ponderação apto a delimitá-lo em face de um determinado caso concreto. Para Virgílio Afonso da Silva, “as teorias que pressupõem um núcleo essencial relativo identificam esse núcleo com o produto da aplicação da regra da proporcionalidade.”¹⁹⁷ Daí a expressão *relativa*, na medida em que, para Calil de Freitas:

[...] o núcleo essencial é variável a cada caso concreto, na dependência do resultado da ponderação que se efetive e da possibilidade ou não, à luz do princípio da proporcionalidade, de ser justificada uma determinada intervenção desvantajosa em um direito fundamental. É dizer, a hipótese fática que em determinadas circunstâncias concretas se afirma como incluída no âmbito de proteção da norma jusfundamental porque, depois de efetivada a ponderação, resultou entendida como parte de seu núcleo essencial, em circunstâncias diversas pode ser atingida pela afetação desvantajosa, e, de conseguinte, tida como de forma constitucionalmente adequada como não protegida, porque da ponderação resultou como não fazendo parte do núcleo essencial.¹⁹⁸

¹⁹⁵A teoria relativa acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais encontra fundamento, sobretudo, na teoria dos princípios de Alexy. É o que afirma Pulido: “*Es pertinente aclarar, además, que en el marco de la dogmática – sobre todo de la alemana -, la llamada teoría relativa del contenido esencial coincide en gran parte con la teoría del principio e de proporcionalidad.*” PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, p. 408.

¹⁹⁶FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op. cit.*, p. 196-197.

¹⁹⁷SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 198.

¹⁹⁸FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Op. cit.*, p. 197.

Adotando-se a teoria relativa acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a abrangência e os contornos dele não poderão, como se viu, ser considerados como algo fixo, na medida em que é o processo de ponderação que irá delimitar seu conteúdo, pois, na perspectiva relativista, “*o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento*”.¹⁹⁹ Borowski percebe bem essa relação entre a teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais e a ponderação, bem como visualiza a possibilidade admitida pela teoria relativa de abolir todo o conteúdo desse núcleo quando a aplicação da proporcionalidade assim o exigir, ao mencionar:

Segundo essa teoria, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve determinar-se mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato. Ora, a forma de aplicação do princípio da proporcionalidade é algo que se determina de acordo com a estrutura que este desempenha em cada uma das funções dos direitos fundamentais, é dizer, na forma de proibição do excesso, quando se trata dos direitos de defesa, e na forma da proibição da proteção insuficiente, quando se trata de direitos de prestação. Desta maneira, o conteúdo essencial se determina sobretudo mediante uma ponderação. Dependendo do peso que os princípios contrapostos tenham na ponderação, esta pode levar no caso concreto a que um direito fundamental de um cidadão seja restringido completamente. Neste caso, ao cidadão não resta nada. Com a necessária aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato, a teoria relativa do conteúdo essencial pressupõe o caráter de princípio das normas de direito fundamental.²⁰⁰ (tradução nossa)

A teoria relativa traz alguns problemas. O mais relevante consiste em que, como o conteúdo essencial do direito fundamental irá depender da ponderação de interesses em face de um caso concreto, sendo resultado dela, a abrangência deste núcleo essencial poderá ser diminuída até sua completa aniquilação. Isso acontece porque, na medida em que se adota o sopesamento como meio de identificação do núcleo essencial, poderá haver a consequência de que o direito que tenha precedência quando da colisão faça com que este núcleo essencial do direito

¹⁹⁹ALEX Y, Robert. *Op. cit.*, p. 297.

²⁰⁰BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, p. 99.

“Según esta teoría, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe determinarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido lato. Ahora bien, la forma de aplicación del principio de proporcionalidad es algo que se determina de acuerdo con la estructura que éste tiene en cada una de las funciones de los derechos fundamentales, es decir, en la forma de interdicción del exceso, cuando se trata de los derechos de defensa, y en la forma de prohibición de protección deficiente, cuando se trata de los derechos de prestación. De esta manera, el contenido esencial se determina ante todo mediante una ponderación. Dependiendo del peso que los principios contrapuestos tengan en la ponderación, ésta puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente. En este caso al ciudadano no le queda nada. Con la necesaria aplicación del principio de la proporcionalidad en sentido lato, la teoría relativa del contenido esencial presupone el carácter de principio de las normas de derecho fundamental.”

fundamental preterido ceda em certos casos. Em algumas situações, os interesses colidentes poderão levar a atividade de ponderação a concluir que o núcleo essencial do direito fundamental deva ceder totalmente, deixando mesmo de existir. É o que reconhece o próprio Alexy, ao afirmar que “restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental.”²⁰¹

Uma possibilidade de solução para esse problema consiste em aplicar a garantia da proteção de irrestringibilidade do núcleo essencial mínimo à atividade da ponderação de interesses. Com isso, ter-se-ia a garantia ao não esvaziamento do núcleo essencial, devido à aplicação de uma barreira protetiva ao mesmo, sem que com isso se necessite abandonar a eficaz atividade do sopesamento e da ponderação de interesses em face do caso concreto.

O trabalho aqui desenvolvido entende que nada adianta falar-se em núcleo essencial considerando-o ao mesmo tempo como passível de restrição e esvaziamento total, como pretendem Alexy e Virgílio Afonso da Silva.²⁰² Este último deixa claro seu posicionamento ao afirmar:

[...] toda norma de direito fundamental vale apenas e tão-somente na medida em que ao direito que garanta não seja contraposto um interesse de maior valor. Isso significa que, se um dispositivo legal restringe um direito fundamental no intuito de realizar e proteger bens jurídicos mais importantes, ele não afeta o conteúdo essencial do direito restringido, mesmo que desse direito nada reste em alguns casos individuais. Embora esta seja uma tese de difícil aceitação, ela, no entanto, a despeito de seus problemas, aponta para a direção correta [...].²⁰³

A própria ideia semântica da expressão *núcleo essencial* pressupõe, no entender do presente trabalho, que o mesmo não tenha seu conteúdo esvaziado casuisticamente, mesmo que de forma justificada pela atividade do sopesamento. Para que adianta falar em núcleo essencial dos direitos fundamentais se os mesmos podem ser aniquilados sempre que um interesse colidente de maior valor assim o exigir? Onde estaria a essencialidade desse núcleo, neste caso, sendo que sua abrangência pode ser relativizada até sua total supressão? Se se pressupõe que o

²⁰¹ Idem, p. 297-298.

²⁰² Virgílio Afonso da Silva, assim como Alexy, admite ser possível que, como resultado da atividade de ponderação de interesses em face da colisão de direitos fundamentais, aquele direito a ser preterido ante o caso concreto possa ter seu núcleo fundamental totalmente aniquilado, não lhe restando nada. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 197-200.

²⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 197-200.

núcleo essencial é o que resta após a ponderação, como define Alexy,²⁰⁴ podendo este ceder totalmente em face de um caso concreto, não haveria necessidade de se falar em núcleo essencial. Bastaria, utilizando a terminologia de Alexy, recorrer-se aos conceitos de direito fundamental *prima facie* e direito fundamental *definitivo*, este último conceito, correspondendo sem muita diferenciação à ideia que o próprio Alexy concebe acerca de *núcleo essencial*.²⁰⁵

Adotar a concepção de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é algo relativizável a ponto mesmo de ter seu conteúdo suprimido em alguns casos concretos, após a atividade do sopesamento, descaracterizaria a própria função protetiva dos *limites dos limites*. Arrimam-se nossas ideias com as concepções do jurista português Vieira de Andrade, autor para o qual a garantia ao núcleo essencial (o autor analisa o dispositivo do art. 18.3 da Constituição de Portugal) só se mostra efetiva quando se entende o núcleo essencial como absoluto (nota-se que para Vieira de Andrade o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser buscado no conceito de *dignidade do homem livre*), e não relativo. É o que menciona o autor:

Parece-nos, contudo, que a proibição do art. 18, n. 3 (tal qual o preceito alemão) não se pode reduzir a uma ideia de proporcionalidade, mesmo que, por essa via, se chegue, na maior parte dos casos, a resultados funcionalmente equivalentes. Há aí uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo valor inatacável.

Não poderá designadamente admitir-se que o núcleo essencial (enquanto núcleo fundamental) possa ser afectado, mesmo que um bem considerado superior o exigisse ou parecesse exigir, no caso.²⁰⁶

Na tentativa de conciliar a proposta de que os direitos fundamentais não podem ter seu núcleo fundamental suprimido, nem mesmo por meio de um processo argumentativo de justificação constitucional calcada na ponderação de interesses e no sopesamento, como pressupõe a ideia alexyana de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é passível de relativização a ponto de poder ceder totalmente em face de um interesse com precedência no caso concreto, esta dissertação entende ser necessário fazer novamente a distinção entre conteúdo essencial sob um aspecto objetivista e conteúdo essencial sob um aspecto subjetivista.

Virgílio Afonso da Silva, para defender o argumento de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é passível de relativização a ponto de poder ser

²⁰⁴ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 297.

²⁰⁵Ver o que foi discutido neste trabalho acerca do conceito Alexyano de direitos *prima facie* e direitos *definitivos* no item 2.

²⁰⁶ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 234.

totalmente esvaziado em face de um caso concreto, retorna ao exemplo da desapropriação. Neste caso, para o autor, há dois princípios em colisão: o direito à propriedade e o interesse público. Em caso de desapropriação, para o autor, o conteúdo essencial do direito fundamental à propriedade seria completamente esvaziado devido à precedência do interesse público que justifica a retirada do bem desapropriado do poder do indivíduo. Com esse exemplo, para Virgílio Afonso da Silva, restaria ilustrada a impossibilidade de considerar o núcleo essencial dos direitos fundamentais como possuidor de uma esfera imune a interferências (impassíveis, pois, de restrições em seu *núcleo duro*).

Porém, os exemplos dados por Virgílio Afonso da Silva, que serviriam para ilustrar que o núcleo essencial dos direitos fundamentais é relativo e passível de ser limitado até seu total esvaziamento (em algumas situações concretas), são estabelecidos por meio de uma perspectiva subjetivista. O caso da desapropriação (em que o direito da propriedade seria totalmente esvaziado), o da prisão em regime fechado (que suprimiria plenamente o direito à liberdade), entre outros exemplos, referem-se a posições subjetivas dos direitos fundamentais. Ora, quando uma propriedade é desapropriada em favor do interesse público, é o direito fundamental subjetivo de determinado indivíduo à propriedade que é subjugado. O direito fundamental à propriedade, tomado em uma perspectiva objetiva e considerando o ordenamento jurídico como um todo, continua sendo assegurado plenamente, sendo apto, inclusive, a gerar novas posições subjetivas de direito à propriedade por parte de todos os membros da coletividade. No caso do encarceramento de um indivíduo em regime fechado, de forma semelhante, o direito fundamental à liberdade do mesmo é totalmente suprimido. Contudo, continua tendo plena vigência e efetividade o dispositivo da norma jusfundamental do *caput* do artigo 5º Constituição do Brasil, sendo o esvaziamento do núcleo essencial do direito à liberdade do indivíduo encarcerado (de caráter subjetivo) indiferente à efetividade do direito fundamental à liberdade garantido objetivamente pelo ordenamento jurídico.

O que se quer aqui dizer, pois, é que, de fato, sob o aspecto subjetivista dos direitos fundamentais, é preciso considerar a constatação de que os mesmos podem ter seu conteúdo completamente esvaziado em face de um caso concreto, após uma atividade de justificação constitucional baseada em uma argumentação que leve em conta os critérios da proporcionalidade. A pretensão a um direito fundamental por parte de um indivíduo (direito fundamental subjetivo, pois) pode ser, como os

exemplos o ilustram, plenamente suprimida quando os interesses colidentes oriundos de determinado caso concreto o exigirem. Neste ponto, portanto, a presente dissertação está plenamente de acordo com o entendimento de Alexy e de Virgílio Afonso da Silva no que tange à possibilidade de relativização máxima do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a ponto de ser necessário, em alguns casos, seu completo esvaziamento. Defende-se isso, contudo, tendo-se em vista a dimensão subjetiva desses direitos fundamentais. Para a presente dissertação, como já foi adiantado, o núcleo essencial dos direitos fundamentais tomados enquanto realidade objetiva, jamais poderia ser esvaziado completamente. Na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, portanto, o núcleo essencial destes direitos terá, necessariamente, uma parcela irrestringível, impassível de limitações (absoluta, pois).

Alexy e Virgílio Afonso da Silva, apesar de admitirem que as perspectivas subjetivistas e objetivistas devam coexistir,²⁰⁷ adotam, para justificar suas posições teóricas, uma visão nitidamente subjetivista.

Admite-se aqui, assim como Alexy, a coexistência das dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais. Para sustentação das posições teóricas aqui assumidas, como já foi mencionado, adota-se nesta dissertação o enfoque objetivista, principalmente em face dos *limites dos limites*, que deve ser trabalhado sob a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sob pena de perder, no entender do estudo que ora se desenvolve, seu alcance protetivo.

6.3 A teoria dos princípios de Alexy e a teoria da norma de Friedrich Müller: uma tentativa de conciliação com vistas à preservação do núcleo essencial jusfundamental

Como se tentou demonstrar, a necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é pressuposto do atual sistema constitucional brasileiro, em especial em face da garantia dos *limites dos limites*. Para autores que adotam a tese relativista do núcleo essencial (principalmente os alexyanos), a

²⁰⁷É o que menciona Alexy, ao ditar: “A natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor da coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva.” ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 297. Ver também SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 185 a 187.

proteção inerente aos *limites dos limites* não pressuporia a necessidade de conceber o núcleo essencial dos direitos fundamentais como absolutos e impassíveis de limitações, na medida em que entendem que o conteúdo essencial jusfundamental pode ser alargado ou diminuído de acordo com as circunstâncias exigidas pela colisão de princípios e a decorrente justificação constitucional calcada no sopesamento e na ponderação de interesses.

Como visto, a garantia dos *limites dos limites* restaria inócua se se considerasse o núcleo essencial dos direitos fundamentais como relativizáveis a ponto de poderem ser completamente abolidos, quando a ponderação de interesses assim o exigir. De que adianta falar que é defeso a ingerência e o desvirtuamento do núcleo essencial jusfundamental se o mesmo (a adotar-se a teoria relativista) pode ser esvaziado completamente, nada lhe restando de seu conteúdo? Nesse sentido, assim se posiciona Jorge Miranda:

Afigura-se que para, realmente, funcionar como barreira última e efectiva contra o abuso de poder, como barreira que o legislador, seja qual for o interesse (permanente ou conjuntural) que prossiga, não deve romper, o conteúdo essencial tem que ser entendido como um limite absoluto correspondente à finalidade ou ao valor que justifica o direito. As teses relativistas são de rejeitar, porque confundem proporcionalidade (art. 18º, n.º 2) e conteúdo essencial (art.18º, n.º 3).²⁰⁸

Em algumas circunstâncias, como os exemplos o demonstram, o núcleo essencial de um direito fundamental é plenamente esvaziado em face da submissão a outro princípio jusfundamental com precedência, após o cotejo argumentativo da ponderação de interesses constatar a necessidade de que um direito fundamental sobrepuje o outro. Tal hipótese, como foi analisado em linhas pretéritas, é plenamente possível para os casos dos direitos fundamentais tomados segundo uma perspectiva subjetivista, hipótese em que as necessidades do *mundo da vida* exigem, em certos casos, a relativização do núcleo essencial dos direitos fundamentais, com vistas à convivência e à manutenção harmônica dos diversos interesses fático-jurídicos em choque na sociedade. Por questões lógicas e pragmáticas, é necessário que haja tal relativização dos direitos fundamentais, sob pena de se criarem colisões insolúveis entre os diversos princípios existentes no ordenamento jurídico. Como visto, tal relatividade dos direitos fundamentais é plenamente aceitável e mesmo necessária para que o ordenamento jurídico seja

²⁰⁸MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – Tomo IV, p. 308.

coerente e viável. Contudo, o que os autores defensores da tese relativista não demonstram é que essa relativização do núcleo essencial jusfundamental é exigida quando se toma por base a perspectiva subjetivista dos direitos fundamentais, como já foi exposto neste trabalho.

Para preservação das exigências de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais consolidadas pelos critérios conformadores à atividade limitativa a estes direitos, os *limites dos limites* aparecem como garantidores de tais critérios, com vistas à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. No aspecto objetivista, não é viável admitir que os direitos fundamentais possam ter seu conteúdo aniquilado e esvaziado por completo, na medida em que tal hipótese seria uma afronta à própria exigência constitucional de garantia ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Apesar de os defensores das teses relativistas do conteúdo essencial entenderem que o instrumento dos *limites dos limites* podem conviver com a aceitação de relativização plena do núcleo essencial dos direitos fundamentais, não parece ser, no entender deste trabalho, o que o instrumento visa. O item 2 do artigo 19 da Lei Fundamental da Alemanha (artigo este que serviu de base para o conceito de *limites dos limites*) é claro ao proibir qualquer forma de esvaziamento do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Tentar criar sofismas para relativizar tal dispositivo não parece ser a melhor opção com vistas a atender às exigências constitucionais de preservação e otimização dos direitos fundamentais.²⁰⁹

A Constituição brasileira, apesar de não possuir dispositivo taxativo no sentido de proibir o esvaziamento do núcleo essencial jusfundamental, como Portugal, Espanha e Alemanha já possuem (países cujas Constituições proíbem expressamente que o núcleo essencial seja esvaziado), por estar inserida em um contexto paradigmático de Estado Democrático de Direito (como também estão Espanha, Portugal e Alemanha), apresenta um dispositivo que proíbe expressamente a abolição dos direitos fundamentais, como se depreende da interpretação do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV. A redação da Constituição de

²⁰⁹ Peter Häberle entende ter o dispositivo do artigo 19, II, da Lei Fundamental conteúdo meramente declaratório, e não constitutivo. Para o autor alemão, o dispositivo só visa a deixar positivado algo que está já implícito imanentemente na própria garantia inerente aos direitos fundamentais enquanto instituições (entende o autor por instituição algo que possui toda uma sistemática jurídica com vistas a regulá-lo, deixando de ser considerado como mera realidade autônoma para pertencer ao ordenamento jurídico como um todo e à coletividade). Cf. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, p. 219.

1988 foi, inclusive, muito influenciada pelo texto da Lei Fundamental da Alemanha e, em especial, pelas Constituições de Espanha e Portugal.

No sistema constitucional brasileiro, pois, apesar de inexistir dispositivo que deixe explícita a proibição de esvaziamento do núcleo essencial jusfundamental, por estar o país em um contexto constitucional de democracia e pluralismo político espelhado no constitucionalismo de Espanha, Portugal e Alemanha, adota, mesmo que implicitamente, tal proibição.

Como para os direitos fundamentais tomados em uma perspectiva subjetivista a teoria relativista do núcleo essencial é plenamente aceitável e mesmo necessária, dadas as necessidades fáticas e jurídicas que exigem a conciliação dos diversos interesses colidentes, sendo que às vezes um princípio deve ceder a outro, por demandas da ponderação, a presente dissertação entende que a teoria dos princípios alexyana e a tese relativista é plenamente aplicável aos direitos fundamentais considerados em seu prisma subjetivo.

Por sua vez, para o ordenamento jurídico tomado sob o prisma objetivista, como um todo independente, unitário e pertencente à coletividade, não é possível que haja relativizações e esvaziamentos dos núcleos essenciais dos direitos fundamentais, sob pena de ferir-se a própria garantia dos *limites dos limites*.

O presente trabalho, pois, propõe a necessidade de separação dos direitos fundamentais segundo as perspectivas subjetivistas e objetivistas, na medida em que a dinâmica destes direitos vai depender se se adota uma ou outra. Pelo viés subjetivista, como mencionado, seria plenamente viável e útil a utilização das teses relativistas e, em especial, da teoria dos princípios de Alexy.

Numa perspectiva objetivista, não se pode adotar o relativismo do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que há mandamentos constitucionais positivados e exigidos pelos *limites dos limites* que visam à conformação da atividade de limitação às normas jusfundamentais. Há a necessidade de que tais normas tenham a garantia de que uma parcela de seu conteúdo reste imune a interferências, já que do contrário, haveria um amesquinamento delas, fato este que afrontaria as exigências constitucionais preconizadas pelos *limites dos limites* (que proíbem a abolição do núcleo essencial jusfundamental). Neste ponto, as teses relativistas e a teoria dos princípios de Alexy não podem ser aplicadas, na medida em que aceitam um esvaziamento completo do conteúdo essencial dos direitos fundamentais em certos casos. É preciso, pois,

neste viés objetivista, adotar a tese absolutista que preconiza que as normas jusfundamentais possuem uma parcela conteudística impassível de interferências tendentes à sua diminuição, parcela esta que corresponde a seu núcleo essencial absoluto.

Para os direitos fundamentais tomados sob a perspectiva objetivista, portanto, não se podendo adotar o relativismo da teoria dos princípios de Alexy, entende-se que deva haver um método de argumentação apto à proteção do núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais. Uma proposta interessantíssima e, no entender deste trabalho, muito afeita à tal necessidade protetiva, consiste no método de concretização constitucional de Friedrich Müller, o qual defende que por meio de uma análise linguística do conteúdo da norma (já que a norma é linguagem) seria possível revelar-lhe o conteúdo absoluto.²¹⁰

O método de concretização constitucional de Müller, como já visto neste trabalho (e aqui, para que o presente estudo não fique repetitivo e incorra em prolixidade, remete-se o leitor a todas as considerações estabelecidas quando se tratou, em item específico, da teoria estruturante do direito, de Müller), visa aplicar a norma com vistas a que o direito fundamental não seja relativizado e não perca seu conteúdo jusfundamental (correspondendo este conteúdo fundamental ao *programa normativo* do direito).

A proposta aqui não é imune a problemas. Um deles consiste na negação que Müller faz da existência de colisões entre direitos fundamentais. A concretização da norma, para Müller, prescinde das análises das colisões entre os direitos e, por conseguinte, faz-se despicienda a atividade do sopesamento e da ponderação de interesses. Como, porém, o presente estudo entende que a teoria dos princípios de moldes alexyanos não responde também ao problema da necessidade de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (pelo menos enquanto considerados objetivamente), o método de Müller pode se revelar muito útil para concretização dos direitos fundamentais quando se divisa o risco de que os mesmos possam ter o seu núcleo essencial esvaziado em face das circunstâncias exigidas pelo caso concreto.

²¹⁰Friedrich Müller, é preciso deixar claro, não confunde a *norma* com o *texto da norma*, como faz questão de frisar em diversas passagens de suas obras. Entende, todavia, que a norma só pode ser apreendida por meios linguísticos, enquanto linguagem que é. Só é possível interpretar e por, conseguinte, concretizar uma norma por meio de instrumentos inerentes à linguagem. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*.

Identificar o que é o núcleo essencial dos direitos fundamentais não pode corresponder, como quer Alexy, a verificar o que restou após a ponderação (como já foi visto em linhas acima). Um tema tão importante quanto o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por conseguinte, as exigências de proteção ao seu conteúdo, não pode ficar na dependência de resultados de colisões, mesmo que haja um processo argumentativo justificado constitucionalmente pelas regras da razão prática, consistente na ponderação de interesses (como quer Alexy). O meio mais eficaz de identificar e proteger o núcleo essencial jusfundamental, no entender deste estudo, apesar de a teoria de Müller apresentar certos problemas e não passar imune a críticas, consiste na análise linguística do que seja um dado direito fundamental, com vistas a identificar-se o âmbito normativo e o programa normativo destes direitos, com vistas à concretização dos mesmos. Tal análise deverá levar em consideração todos os aspectos do *mundo da vida* (aspectos políticos, sociais, culturais, econômicos, evolutivos, etc.), que corresponderão ao que Müller chama de âmbito da norma, e o aspecto linguístico *strictu sensu* de determinado direito fundamental, na tentativa de identificar a proposta e o objetivo que o mesmo desempenha no ordenamento jurídico (correspondendo ao que o autor entende ser o *programa normativo*). Dessa forma, a tentativa de encontrar e identificar o que seria o núcleo essencial jusfundamental estaria mais apta a estabelecer quais são seus contornos, com vistas a buscar no que consistiria a parcela do direito fundamental que não pode ser esvaziada (núcleo essencial), objetivando-se, assim, respeitar o mandamento constitucional que interdita quaisquer intervenções tendentes a diminuir seu conteúdo, preservando dessa maneira as exigências protetivas preconizadas pelos *limites dos limites*.

Para os direitos fundamentais considerados objetivamente, e tendo-se em vista (como já foi analisado em linhas passadas) a impossibilidade de supressão de seus núcleos essenciais segundo a perspectiva objetivista, aplicar-se-ia o método de concretização constitucional de Friedrich Müller, na medida em que este método é mais propenso a garantir a preservação do núcleo essencial, atendendo-se, assim, às exigências dos *limites dos limites*, as quais impõem a proibição ao esvaziamento do núcleo essencial jusfundamental.

Para os direitos fundamentais tomados sob o viés subjetivista, na medida em que este admite a possibilidade de que os direitos fundamentais tenham seu núcleo esvaziado em algumas circunstâncias (quando a ponderação resultante da colisão

entre princípios assim o exigir), adotar-se-ia, por sua vez, a teoria dos princípios de Alexy, por ser ela extremamente útil para atender às dificuldades inerentes aos diversos interesses conflitantes na sociedade, bem como por ser um meio argumentativo que se molda muito bem às exigências de justificação argumentativa racional demandadas pela Constituição.

O que se propõe neste trabalho parece ser contraditório. A teoria alexyana, como já se viu, é defensora da teoria externa das limitações aos direitos fundamentais, adota a visão dos suportes fáticos amplos, pressupõe um conteúdo relativo ao núcleo essencial jusfundamental, além de preconizar a necessidade de aplicação dos sopesamentos em face dos casos concretos com vistas à aplicação do direito. A teoria de Friedrich Müller, por sua vez, defende a teoria interna, os suportes fáticos restritos, o núcleo essencial absoluto, rechaçando as colisões entre os direitos fundamentais.

Apesar de serem inconciliáveis²¹¹, as ideias de Müller e Alexy poderiam conviver simultaneamente na hermenêutica constitucional aplicada no Brasil, com vistas a respeitar as exigências de proteção e otimização dos direitos fundamentais. Adotar uma postura radical de se filiar a uma corrente doutrinária ou a outra, desprezando completamente tudo o que provier da “adversária”, separando-as como

²¹¹ Thomas Bustamante é taxativo ao apontar a ausência de conciliação entre as propostas teóricas de Friedrich Müller e Robert Alexy, ao afirmar: “A metódica estruturante de Friedrich Müller e a teoria da argumentação judicial de Robert Alexy possuem, sob o ponto de vista teórico, pontos inconciliáveis. Os conceitos de norma jurídica adotados pelos dois autores são radicalmente incompatíveis, acirrando um debate que ocupa lugar de destaque no cenário do direito constitucional contemporâneo. Nesse contexto, ninguém duvida que considerar uma decisão jurídica ‘a aplicação de uma norma jurídica concretizada’ (Müller) ou o ‘resultado de um processo argumentativo regulado pelas regras da razão prática’ (Alexy) implica diferentes explicações teóricas sobre o *modus operandi* do raciocínio jurídico e sobre a função das normas no achamento da solução definitiva para um problema juridicamente relevante.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica Segundo Friedrich Müller e Robert Alexy (in) *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 43, p. 98. Em sentido um pouco diverso, não fazendo menção diretamente às obras de Friedrich Müller e Robert Alexy, entende Peter Häberle ser perfeitamente possível, em mesmo necessária, a utilização da ponderação de interesses com vistas a identificar-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para Häberle, não haveria qualquer contradição entre a colisão de princípios (e a decorrente ponderação de interesses) e a necessidade de preservação de um núcleo essencial absoluto para os direitos fundamentais. Segundo o autor: “O princípio através do qual se determina o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais, e através do qual se solucionam os conflitos que surgem entre os bens jurídicos constitucionais uns em relação aos outros, é o princípio da ponderação de interesses. (tradução nossa) HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales*, p. 33. “El principio a través de cual hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales, y a través de cual se solucionan los conflictos que surgen entre los bienes jurídico-constitucionales unos junto a otros, es el principio de la ponderación de bienes.”

fazem torcidas radicais de futebol em relação ao time oponente, talvez não seja o melhor caminho aos interessados no estudo do direito constitucional. A hermenêutica constitucional não deve se pautar por posturas correligionárias e proselitistas, na medida em que sua função é oferecer instrumentos interpretativos com vistas a uma concretização idônea dos direitos fundamentais, de forma a que seus aplicadores preservem e protejam a efetividade destes direitos. Estas são as exigências de um constitucionalismo calcado em ideias pluralistas e democráticas atinentes ao atual contexto propugnado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo, inicialmente, apresentar de modo geral as teorias acerca das limitações aos direitos fundamentais. Para isso, apresentou-se, inicialmente, as concepções acerca da gênese e do fundamento de tais limitações. Segundo uma corrente (teoria interna), os próprios direitos fundamentais já trariam em seu conteúdo todas as hipóteses de limitação a que estariam sujeitos. Quaisquer intervenções externas, a não ser se previstas expressamente pela norma, caracterizariam limitações indevidas e, portanto, inconstitucionais. A teoria interna, como foi visto, é passível de várias críticas, principalmente em face da dúvida quanto à escolha do critério a ser adotado para a definição do que estaria abarcado pelo conteúdo do direito (consistindo em uma limitação válida e imanente ao direito) e, por outro lado, do que estaria de fora desse conteúdo interno, representando, por conseguinte, uma restrição externa, a qual é inaceitável tomando-se como válida a noção de limites imanentes.

Cotejou-se, então, a corrente contrária à teoria que defende a ideia de que os limites são dados de antemão pelos direitos, imanentemente a eles (teoria interna). Tal oposição se faz pelos adeptos da teoria externa, a qual pressupõe que os direitos fundamentais são, a princípio, ilimitados, sendo que as restrições a eles só podem ser estabelecidas em face da análise dos interesses colidentes oriundos de um dado caso concreto. A teoria externa, como se viu neste trabalho, corresponde, com algumas poucas variações, à teoria dos princípios de Robert Alexy e à separação que este autor faz entre direitos *definitivos* e direitos *prima facie*.

Para melhor visualização e compreensão de como as limitações aos direitos fundamentais se realizam, o presente estudo apresentou sucintamente a ideia de suporte fático dos direitos fundamentais. Em outros ramos do direito, como no Direito Tributário e no Direito Penal, o conceito de suporte fático já é há tempos identificada, na medida em que a correta delimitação desse suporte será essencial para se definir o que está dentro e fora da incidência da norma, gerando, com isso, segurança jurídica. No Direito Constitucional, só recentemente foi incorporada a ideia de que os diversos direitos fundamentais atuam e incidem seus efeitos sobre determinada parcela da realidade, parcela esta que corresponde ao suporte fático desses direitos. Identificar corretamente essa parcela da realidade fática abrangida

pelos direitos fundamentais é tarefa extremamente importante, de modo que por meio da delimitação do que está abarcado ou não pelo âmbito de proteção da norma jusfundamental é que se poderá justificar qualquer restrição a ela.

Como contraponto à concepção ampliativa dos suportes fáticos de Alexy, bem como em oposição à defesa da teoria externa por este autor, fez-se uma breve exposição acerca da teoria estruturante de Friedrich Müller, o qual é o principal expoente da teoria interna e da corrente restritiva dos suportes fáticos.

Por fim, o presente estudo apresentou os instrumentos de proteção aos direitos fundamentais, em especial a teoria dos *limites dos limites*, a qual visa proteger estes direitos de quaisquer intervenções indevidas que descaracterizem sua essência. O conceito de núcleo essencial dos direitos fundamentais entra aqui como de suma importância, na medida em que é a partir da extensão que se dá a ele que a efetividade do instrumento protetivo dos *limites dos limites* poderá ser compreendida.

Concluiu-se que a utilidade dos *limites dos limites* como meio de preservar os direitos fundamentais contra intervenções indevidas só pode ser eficaz em se adotando uma perspectiva objetivista e em se considerando que o núcleo essencial desses direitos é irrestingível, fazendo o presente estudo opção pela teoria absoluta no que concerne ao núcleo essencial, pelo menos quando analisados em sua dimensão objetiva. Se o núcleo essencial das normas jusfundamentais fosse passível de relativização a ponto de poder ser esvaziado completamente em decorrência da ponderação de interesses, como pretende a teoria relativa acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais, os *limites dos limites* seriam letra morta destituídas de efetividade, na medida em seu objetivo enquanto instrumento de proteção é justamente afirmar a proibição à descaracterização da essência dos direitos fundamentais, essência esta que corresponde ao seu núcleo mínimo essencial.

Adotar uma perspectiva subjetivista dos direitos fundamentais, pelos motivos apresentados ao longo desta dissertação, pressupõe aceitar que estes direitos possuem um núcleo essencial relativo, valendo, neste caso, toda a teorização de Alexy acerca das normas jurídicas. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é uma realidade que deve existir conjuntamente com a dimensão objetiva, na medida em que os direitos fundamentais apresentam tanto a faceta de direitos subjetivos como também de direitos objetivos. Para a compreensão dos *limites dos*

limites enquanto instrumento de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, defendeu-se, porém, que só em uma perspectiva objetivista é possível falar-se em um núcleo essencial absoluto. Os *limites dos limites* devem se ligar aos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, na medida em que restou clara a impossibilidade de que os direitos subjetivos possuam um núcleo essencial absoluto, em face das diversas exigências decorrentes dos conflitos fático-jurídicos do *mundo da vida* que, muitas vezes, exigem que uma norma jusfundamental ceda completamente em face de outra com precedência no caso concreto.

Propôs-se, em decorrência do que foi acima mencionado, que sob uma dimensão subjetivista, os direitos fundamentais sejam aplicados segundo a dinâmica relativista da teoria dos princípios de Alexy, teoria esta que responde muito bem às demandas inerentes à solução de casos que envolvam direitos subjetivos. Para os direitos tomados segundo um viés objetivista, por sua vez, faz-se mister que os mesmos não tenham seu núcleo essencial normativo esvaziado, sob pena de infringir-se a garantia dos *limites dos limites*, os quais visam proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais enquanto uma esfera imune a interferências e diminuições conteudísticas. Para uma argumentação mais idônea à concretização dos direitos fundamentais tomados sob um viés objetivista, a teoria da norma proposta por Friedrich Müller, como se demonstrou, é mais apta do que a de Alexy, na medida em que o método concretizador daquele autor visa proteger o núcleo essencial absoluto dos direitos fundamentais, enquanto a teoria dos princípios deste outro toma tais direitos como plenamente relativizáveis, bastando que para a abolição do núcleo essencial jusfundamental haja uma atividade de argumentação constitucional calcada segundo critérios de razão prática decorrentes da ponderação de interesses.

O presente estudo não teve a pretensão de discorrer sobre todos os aspectos inerentes à teoria geral dos direitos fundamentais, na medida em que fugiria ao escopo desta obra, a qual visou somente fazer uma breve exposição das teorias que fundamentam as limitações aos direitos fundamentais, exposição esta que serviu para arrimar as conclusões ao final propostas acerca da necessidade de que o Brasil (por não ter disposição constitucional expressa acerca da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais) adote o critério dos *limites dos limites*, entendidos como meio de garantia a que os direitos fundamentais preservem em todas as circunstâncias seu núcleo essencial, de modo a se realizar os objetivos

constitucionais de proteção a estas normas centrais do sistema, quais sejam, os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADENI, Gregori. *Nuevos Derechos y Garantías Constitucionales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9. ed. Pádua: Cedam, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BIN, Roberto. *Diritti e Argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: A. Giuffrè, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. *La Esctructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Editora Juarez de Oliveira, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica Segundo Friedrich Müller e Robert Alexy (in) *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 43.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Belo Horizonte: Líder, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito: O que é o direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Sérgio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Essencial de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabbris, 1998.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 31. ed. São Paulo: Saraivam 2010.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – Método Jurídico sob o paradigma pós-positivista (in) *O Novo Paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: RT, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LUÑO, Antonio Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MARMESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira., COELHO, Inocêncio Martires., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5, ed. São Paulo: Saraiva; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. 3. ed. Tomo IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos para uma teoria constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PACTET, Pierre. *Institutions Politique: Droit Constitutionnel*. 14 ed. Paris: Armand Colin, 1995.

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

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SANTIAGO, Denny Mendes. O Atomismo de Leucipo e Demócrito: sua possibilidade de atuação como ferramenta interpretativa acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais. (in) *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 9. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais : uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHILD, Wolfgang. *Las Teorías Puras Del Derecho*. Bogotá: Editora Temis, 1983.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Rio de Janeiro, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. (in) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

STOYANOVITCH, K. *Le Domaine Du Droit*. Paris: LGDJ, 1967.

WIGNY, Pierre. *Droit Constitutionnel: principes et droit positif*. Bruxelles: Ed. Émile Bruylant, 1952.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bolonha: Il Mulino, 1988.