



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**MARCOS SAMPAIO DE SOUZA**

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO**  
**CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Salvador  
2011

**MARCOS SAMPAIO DE SOUZA**

**O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO  
CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação  
Stricto Sensu – Mestrado em Direito Público da  
Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para  
obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares.

Salvador  
2011

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**MARCOS SAMPAIO DE SOUZA**

### **O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Nome: Dr. Ricardo Maurício Freire Soares  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome: Dr. Dirley da Cunha Júnior  
Instituição: Universidade Federal da Bahia

---

Nome: Dr. George Sarmiento Lins Junior  
Instituição: Universidade Federal de Alagoas

Salvador-Bahia, 30 de janeiro de 2011

Dedico este trabalho à minha esposa Rosana, e aos meus filhos João Marcos e Eduardo. Obrigada pela compreensão em todos os momentos de ausência. Tudo o que faço na vida é por vocês.

## AGRADECIMENTOS

Sempre tive, inspirado em William Shakespeare, que a gratidão é o tesouro dos humildes. Por tal razão, não posso deixar de desfrutar dessas preciosidades, põe-me a agradecer a todos aqueles que contribuíram de forma significativa para a elaboração dessa pesquisa científica.

Inicialmente, agradeço a Deus e a minha família que sempre representaram lastro à minha caminhada. Tenho em Rosana Libonati e nos pequenos João Marcos e Eduardo inspiração e força para seguir. Sou grato, em especial, a Delza e Antônio Libonati pelo apóio constante, a meus pais Ita e Bené, e aos meus irmãos, na figura de Zé Roberto, pela convivência mesmo na ausência que impus a vocês nesses anos de pesquisa.

Em tudo que faço, agradeço a Fundação José Carvalho e seu instituidor, pelas oportunidades que me proporcionaram.

Agradeço aos professores do programa de pós-graduação em Direito da UFBA pelos ensinamentos, especialmente ao meu presente e dedicado orientador, Ricardo Maurício Freire Soares, e aos demais professores pelas valiosas lições de pensar, em especial Maria Auxiliadora Minahim, Rodolfo Pamplona, Nelson Cerqueira, Edvaldo Brito, Saulo Casali, Manoel Jorge e Silva Neto, Dirley da Cunha Júnior e Heron Santana Gordilho.

Aos amigos Bianca da Silva Alves, Tércio Roberto Peixoto Souza, Francisco Bertino e Miguel Calmon Dantas, sempre prontos para colaborar em tudo que necessitei. Muito obrigada por tudo.

Meus sinceros agradecimentos, também, aos colegas do curso de mestrado, em especial Lorena Miranda Barreiros, Clara Machado, Ailton Schramm da Rocha, Fabio Periandro, João Glicério, Nirlanda Teixeira e Rosangela Lacerda, colegas dedicados que muito colaboraram com as reflexões que inspiraram o presente estudo.

Aos professores da UNIFACS, principalmente Adroaldo Leão, Geovane Peixoto e Walber Carneiro, e da Faculdade Baiana de Direito, nas pessoas de Ana Carolina e Fernando Leal.

Também registro minha gratidão aos colegas da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, pelo espírito de colaboração que todos sempre possuem, especialmente aos colegas Ana Beatriz e Silvio Avelino.

Aos meus queridos alunos da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade de Direito da Unifacs, por torcerem em todos os momentos.

“Porque la democracia sólo vive en movimiento, es más aspiración que posesión, apatía e Constitución no son un buen tándem.”

(María José Gonzalez Ordovás)

## RESUMO

O tema da presente pesquisa é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais. O objetivo dessa pesquisa é analisar os limites constitucionais à restrição dos direitos fundamentais, especialmente os denominados direitos sociais, de forma a preservar o seu conteúdo essencial, teórica ou concretamente delimitado, apresentando como metas específicas investigar a aceitação da teoria no constitucionalismo brasileiro, tomando o núcleo essencial como diretriz positiva de imposição do agir estatal. Para tanto, a pesquisa foi dividida em quatro partes. Na primeira discorreu-se sobre as bases de gestação do neoconstitucionalismo e sua caracterização. Na segunda foram analisadas a fundamentalidade dos direitos sociais, suas dimensões e respectivas multifuncionalidades, realçando os aspectos mais proeminentes dos direitos sociais ditos prestacionais, bem como refletindo sobre a inviabilidade de persistir-se com muitas das distinções que são apresentadas entre direitos sociais e direitos de defesa. A terceira cuidou de apresentar as teorias interna e externa do suporte fático dos direitos fundamentais, analisando a questão das restrições e conformações dos direitos fundamentais. Por fim, no último capítulo, após apresentar a teoria do “limite dos limites”, destacando a proteção do núcleo essencial em suas diversas concepções, buscou-se demonstrar sua aplicação aos direitos fundamentais sociais, tanto a partir da teoria relativa, quanto pelos métodos oferecidos pela teoria absoluta, matizada nos limites imanentes, na dignidade da pessoa humana, no mínimo existencial e na vedação do retrocesso. Além disso, percebeu-se a exigibilidade ampla do que contempla o conteúdo essencial lançando bases a construção de uma teoria adequada ao grau de maturidade do constitucionalismo brasileiro.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; restrições; limites; proporcionalidade; conteúdo essencial.

## ABSTRACT

The theme of the present research is the essential content of the fundamental social rights. Its objective is to analyze the constitutional limits to the restriction of the fundamental rights, especially the so-called social rights, in order to preserve their essential content, which is theoretically or concretely limited, and having as specific aims the investigation of the acceptance of the theory in Brazilian constitutionalism, taking the essential core as a positive guideline for the imposition of the state action. In order to do so, research work was divided into four parts. In the first part, I talked about the basis for the gestation of neoconstitutionalism and its characterization. In the second one, the analysis focused in on the fundamentals of social rights, their dimensions and their respective multifunctionalities, thus enhancing the most prominent aspects of the social rights that are considered rights that render services, reflecting as well on the lack of feasibility of carrying on with many of the distinctions that are made between social rights and defense rights. The third one presented the internal and external theories of the support given by the facts of fundamental rights, and also analyzed the issue related to restrictions and conformations of fundamental rights. Last, in the final chapter, after presenting the “limit of limits” theory, which highlights the protection of the essential core in its diverse conceptions, I tried to demonstrate its application to social fundamental rights, both starting from the relative theory, as well as by means of the methods offered by the absolute theory, which has a nuance of immanent limits, in the dignity of the human being, in the existential minimum and in restraining retroceding action. Besides that, it was noticed there is broad demand of what contemplates the essential content, thus launching basis for the construction of a theory that is adequate to the degree of maturity of the Brazilian constitutionalism.

**Keywords:** fundamental rights; restriction; limits; proportionality; essential content.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	12
<b>1 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA JURÍDICO</b>	17
1.1 A ADOÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS PELA CIÊNCIA JURÍDICA	17
1.2 O DESENVOLVIMENTO DA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA	20
<b>1.2.1 As bases do pensamento jusnaturalista</b>	20
<b>1.2.2 Racionalidade jurídica como ideal moderno. O positivismo jurídico</b>	24
<b>1.2.3 A pós-modernidade jurídica e a superação do positivismo jurídico</b>	33
1.2.3.1 A gestação da pós-modernidade Jurídica e sua caracterização	33
1.2.3.2 Notas características da Pós-Modernidade Jurídica	38
1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA	41
<b>1.3.1 O Neoconstitucionalismo como paradigma jurídico</b>	41
<b>1.3.2 O espaço histórico, teórico e filosófico do neoconstitucionalismo</b>	46
<b>1.3.3 A “planta” do neoconstitucionalismo como paradigma jurídico</b>	49
<b>1.3.4 Neoconstitucionalismo e concretização de direitos fundamentais</b>	56
<b>2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	59
2.1 TRAÇOS DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	59
<b>2.1.1 Delimitação do tema</b>	59
<b>2.1.2 Terminologia e delimitação conceitual de Direitos Fundamentais</b>	60
2.1.2.1 A opção pela terminologia Direitos Fundamentais	60
2.1.2.2 Perspectivas de delimitação do conceito de Direitos Fundamentais	63
<b>2.1.3 Funções dos Direitos Fundamentais</b>	68
2.1.3.1 Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais	68
2.1.3.1.1 <i>O status passivo</i>	72
2.1.3.1.2 <i>O status negativus</i>	73
2.1.3.1.3 <i>O status positivus</i>	74
2.1.3.1.4 <i>O status activus</i>	75
2.1.3.2 Classificação funcional dos Direitos Fundamentais. Direitos de defesa, de prestação e de participação	75
2.1.3.2.1 <i>Direitos Fundamentais na função de direitos de defesa</i>	77

2.1.3.2.2 <i>Direitos Fundamentais na função de direitos a prestações</i>	78
2.1.3.2.3 <i>Percepções acerca da classificação funcional</i>	83
2.1.3.3 <i>Função Social dos Direitos Fundamentais</i>	84
<b>2.1.4 As dimensões objetiva e subjetiva dos Direitos Fundamentais</b>	87
2.1.4.1 <i>Dimensão objetiva dos direitos fundamentais</i>	88
2.1.4.2 <i>Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais</i>	96
2.2 <b>FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	100
<b>2.2.1 Considerações preliminares acerca dos direitos sociais</b>	100
<b>2.2.2 Os direitos sociais e as distorções de sua tese histórica</b>	104
<b>2.2.3 Os direitos sociais e as distorções de sua tese filosófica-normativa</b>	107
<b>2.2.4 Os direitos sociais e as distorções de sua tese estrutural</b>	110
<b>2.2.5 Os Direitos Fundamentais Sociais e sua realização gradual</b>	115
2.3 <b>DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÕES EM SENTIDO ESTRITO: DELIMITAÇÃO DO ESTUDO</b>	120
<b>3 A DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	122
3.1 <b>A ATIVIDADE LEGISLATIVA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	122
3.2 <b>RESTRICÇÃO E CONFORMAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	125
<b>3.2.1 Prolegômenos da conformação e da restrição a direitos fundamentais</b>	125
<b>3.2.2 Restrição e/ou limitação dos direitos fundamentais</b>	126
<b>3.2.3 Conformação dos direitos fundamentais</b>	133
3.3 <b>ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	138
<b>3.3.1 O âmbito de proteção e sua relação com o suporte fático</b>	138
<b>3.3.2 Suporte Fático Restrito</b>	143
<b>3.3.3 Suporte Fático Amplo</b>	146
3.4 <b>TEORIA INTERNA E TEORIA EXTERNA E LIMITES IMANENTES</b>	149
<b>3.4.1 Considerações iniciais acerca das teorias interna e externa dos direitos fundamentais</b>	149
<b>3.4.2 Teoria interna dos direitos fundamentais</b>	152
<b>3.4.3 Teoria externa dos direitos fundamentais</b>	155
3.5 <b>ACHEGA AOS DIREITOS SOCIAIS</b>	158

<b>4 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	161
4.1 O LIMITE DOS LIMITES	161
<b>4.1.1 Considerações iniciais em torno dos limites aos limites</b>	161
<b>4.1.2 Os requisitos exigidos às leis restritivas</b>	167
4.1.2.1 Requisito de reserva de lei formal	167
4.1.2.2 Requisito de generalidade e abstração da norma restritiva	170
4.1.2.3 Requisito da prospectividade da norma restritiva	172
4.1.2.4 Requisito da proporcionalidade da norma restritiva	173
<b>4.1.3 A proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais</b>	176
4.2 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	177
<b>4.2.1 Conteúdo essencial: alcance da expressão, origem teórico-histórica e Positivção</b>	177
4.2.1.1 Alcance da expressão “conteúdo essencial dos direitos fundamentais”	177
4.2.1.2 Desenvolvimento teórico-histórico	181
4.2.1.3 Irradiação do conteúdo essencial no constitucionalismo positivo	188
4.2.1.4 O objeto e o valor do conteúdo essencial. Aproximação teórica	189
<b>4.2.2 A teoria do conteúdo essencial no constitucionalismo brasileiro</b>	190
<b>4.2.3 Objeto protegido pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais</b>	192
4.2.3.1 Dimensão objetiva do conteúdo essencial	192
4.2.3.2 Dimensão subjetiva do conteúdo essencial	195
<b>4.2.4 Valor da proteção decorrente do núcleo essencial</b>	197
4.2.4.1 O conteúdo essencial como valor absoluto. A teoria absoluta	197
4.2.4.2 O conteúdo essencial como valor relativo. A teoria relativa	203
4.3 APLICABILIDADE AOS DIREITOS SOCIAIS DAS TEORIAS DEFINIDORAS DO CONTEÚDO ESSENCIAL	206
<b>4.3.1 Considerações preliminares</b>	206
<b>4.3.2 Métodos de definição do conteúdo essencial dos direitos sociais</b>	212
4.3.2.1 Conteúdo essencial dos direitos sociais na teoria relativa	212
4.3.2.2 Conteúdo essencial dos direitos sociais na teoria absoluta	218
4.3.2.2.1 <i>A dignidade da pessoa humana</i>	218
4.3.2.2.2 <i>A preservação do mínimo existencial</i>	224
4.3.2.2.3 <i>Conteúdo essencial dos direitos sociais como vedação de retrocesso</i>	229
4.3.2.3 Conteúdo essencial dos direitos sociais numa teoria conciliatória	233

4.3.2.4 Tomada de posição acerca do conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro	235
<b>CONCLUSÃO</b>	247
<b>REFERÊNCIAS</b>	255

## INTRODUÇÃO

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais - ou o núcleo intangível dos direitos fundamentais - tem sido utilizado como ponto de partida para diversas abordagens jurídicas acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, notadamente quando se fala da ponderação de bens e do postulado da proporcionalidade ou do princípio da vedação de retrocesso social, sem que se precise o significado jurídico ou a importância desse conteúdo essencial.

A utilização do núcleo essencial tem sido posta como verdadeiro axioma, considerada como óbvia a existência ou como um consenso inicial necessário para a construção ou aceitação de teorias daí decorrentes, embora não tem sido suficientemente examinado seu alcance, sua estrutura e sua natureza.

A realização da presente pesquisa reveste-se de importância em face da necessidade de se produzir um exame das condições de possibilidades do assunto, visando a complementação de visível lacuna doutrinária no estudo dos direitos fundamentais sociais, com foco em sua máxima densificação.

Não basta afirmar que o direito fundamental tem um conteúdo essencial, porque o constitucionalismo democrático deve ir além, partindo da compreensão que as constituições foram criadas como instrumentos eficazes da luta pela realização dos direitos fundamentais. Logo, todo o debate deve ser circunscrito à idéia de que a ordem jurídica deve realizar um valor em que os direitos fundamentais reclamam, ao menos, a preservação do seu conteúdo essencial.

No Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal tem utilizado a ideia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>1</sup> sem explicitar a definição conceitual que adota, nem indicar parâmetros seguros que possibilitem identificar o seu alcance e sua base epistemológica.

A matéria se torna ainda mais tormentosa na medida em que os direitos fundamentais sociais<sup>2</sup> reclamam atuação positiva ou prestacional cuja implementação concreta perpassa por diversos

---

<sup>1</sup> No julgamento da [ADI 3.540-MC](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-05, Plenário, DJ de 3-2-06, restou consignado no voto do relator que quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

<sup>2</sup> Embora se reconheça que todas as dimensões de direitos fundamentais, especialmente os chamados direitos de liberdade, também impliquem em obrigações positivas por parte do poder público, como bem assinalado pela doutrina de Stephen Holmes e Cass Sustem em *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W.W. Norton, 1999.

obstáculos semânticos e fáticos, que acabam por afastar a possibilidade de sua aplicação fática aos cidadãos.

O estudo do tema possui a marca da provocação das inteligências porque faz o homem reperguntar-se aquilo que já se pensara consolidado, cultivando-se o vigor e a força de um povo na medida em que se põe em cheque suas convicções porque, somente aí, se poderá tê-las por hígdas.

É com esse sentido que se percebe que, no plano do conteúdo essencial dos direitos sociais, pouco se tem visitado o tema. No Brasil, a importância do assunto é recente e deve preocupar o jurista, que não pode compadecer-se com a ausência de formulação de critérios que auxiliem na formação de um juízo adequado sobre o que se examina.

O que é o conteúdo essencial ou mínimo dos direitos sociais? Pouco se tem dito sobre esse tema, quase sempre tomado como *aporias* fundamentais da disciplina dos direitos fundamentais.

A discussão do assunto em apreço possui relevância para a sociedade em geral, a qual está sendo diretamente afetada pela insegurança que tem norteado a ponderação de normas constitucionais, muitas vezes desprestigiando, embora por técnicas argumentativas aparentemente bem construídas, mínimas concreção aos direitos mais elementares da vida.

A análise do tema possui importante repercussão social, tendo em vista a crescente aplicação da teoria pelas Cortes supremas. Assim, a sociedade é diretamente afetada com as diversas decisões que parte do *axioma*, mas não o esclarecem. Elaborar, pois, premissas seguras acerca da existência dos limites de restrição consiste em verdadeiro auxílio, inclusive para o desenvolvimento da compreensão da estabilidade da vida social, e das instituições democráticas.

Por outro lado, além das relevâncias social e jurídica, o tema em questão foi escolhido em virtude da sua singularidade de reforçar a proteção dos direitos fundamentais diante da atuação estatal, tanto no plano substantivo, quanto no plano processual. Isso tudo, além da capacidade de se adequar princípios constitucionais intimamente ligados ao curso do desenvolvimento de uma sociedade ciosa da estabilização dos institutos que oferecem previsibilidade às decisões mais relevantes de suas vidas.

A análise será voltada primordialmente para o conteúdo essencial dos direitos sociais, examinando suas teorias definidoras, seu valor e o objeto da proteção, tudo diante de sua importância no neoconstitucionalismo, cotejando-a com a dimensão que o atual movimento

dirige à concretização da constituição.

Nesse contexto, o problema que se intentou debater nessa pesquisa consiste na investigação científica acerca da existência do “limite dos limites” de restrição dos direitos prestacionais (sociais) no Constitucionalismo brasileiro, reclamando respostas capazes de mensurar a validade constitucional dos limites de restrição ou ausência de configuração dos referidos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentro dessa percepção, indaga-se se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra um “limite aos limites” que protege os direitos fundamentais, inclusive os prestacionais, de restrições excessivas ou de concretizações insuficientes, objetivando encontrar limites à restringibilidade, tomando-se em conta a gradualidade dos direitos sociais e sua realização por níveis (progressividade de implementação) que os observem em seus aspectos temporais, situacionais e circunstanciais.

O estudo tem como objetivo geral analisar os limites constitucionais à restrição dos direitos fundamentais, especialmente os denominados direitos prestacionais, de forma a preservar o seu conteúdo essencial, teorica ou concretamente delimitado, e como metas específicas investigar a aceitação da teoria no constitucionalismo brasileiro, tomando como diretrizes positivas de imposição de atuação estatal, porque esta dimensão positiva deve ser impregnada pela garantia do conteúdo essencial.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente estudo está dividido em quatro capítulos, no qual o primeiro versa sobre as bases do desenvolvimento do neoconstitucionalismo como movimento da pós-modernidade jurídica que, ultrapassando a centralidade do positivismo, tem nos direitos fundamentais um de seus mais importantes elementos de caracterização. Após traçar breve panorama evolutivo acerca das idéias que conduziram do pensamento naturalista à pós-modernidade jurídica busca-se apresentar a planta do neoconstitucionalismo como um novo paradigma jurídico, focado na formação de um constitucionalismo forte, na noção que apresenta Paolo Comanducci<sup>3</sup>, em cujo âmago radica a busca de modos de aprimoramento e de concreção dos direitos fundamentais.

Apresenta o neoconstitucionalismo como movimento capaz de gestar condições de possibilidade de desenvolvimento de uma teoria que identifique uma defesa eficaz do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em sua inspiração teórica evidente, apta a contribuir para

---

<sup>3</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análises Metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.77.

a superação do desafio de desenvolver o grau e a intensidade da efetividade da constituição.

No capítulo seguinte, versando sobre a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, não se almejará resolver a complexa questão de quais são ou quais deveriam ser os direitos fundamentais, porque fora dos propósitos da pesquisa. Antes, se intentará examinar as dimensões dos direitos fundamentais e suas multifuncionalidades, realçando os aspectos mais proeminentes dos direitos sociais ditos prestacionais, bem como refletindo sobre a inviabilidade de persistir-se com muitas das distinções que são apresentadas entre direitos sociais e direitos de defesa, muito embora não se possa recusar o pensamento de que a implementação deles demanda um esforço mais intenso, porque versa sobre destinação de recursos econômicos escassos, numa sociedade robustecida de valores econômicos próprios do neoliberalismo e do utilitarismo<sup>4</sup>.

Dedicado à questão acerca da delimitação dos direitos fundamentais, a partir das noções de suporte fático amplo e restrito dos direitos fundamentais e seus desdobramentos nas teorias interna e externa, o capítulo posterior analisa a questão das restrições e conformações dos direitos fundamentais. Passando pelas tarefas impostas pela nova compreensão do Direito Constitucional, realça-se, no neoconstitucionalismo, a função de encontrar formas de tornar efetiva a concretização dos direitos fundamentais, a partir da constatação de que os mesmos reclamam diuturno esforço de implementação, competindo aos poderes públicos buscar formas de efetivá-los. Assim, esquematicamente, apresenta-se duas tarefas impostas à atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais, quais sejam, (a) a função de limitação do direito fundamental; e, (b) a tarefa de conformar ou configurar os direitos fundamentais, especialmente a dimensão prestacional deles.

O último capítulo versa sobre o “limite dos limites”, como um parâmetro limitador da atuação do legislador, no seu nobre papel de conformar e realizar os direitos fundamentais. Após contextualizar o aparecimento na doutrina, justificando sua gestação na última metade do Século XX, na Alemanha do pós-guerra, apresenta diversos estados que seguiram a experiência e influência germânica de positivação do núcleo essencial, registrando a sua expressão bem posta no projeto de Constituição Européia e a passando pela análise do princípio do conteúdo essencial dos direitos fundamentais no direito constitucional Brasileiro, e em especial, na forma implícita como a Constituição da República do Brasil de 1988 tratou da matéria, revelando o firme posicionamento do Supremo Tribunal Federal aceitando a

---

<sup>4</sup> No particular, confira-se a seguinte obra: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.



existência desse núcleo inexpurgável.

Valendo-se da doutrina de J. J. Gomes Canotilho<sup>5</sup>, esta parcela do trabalho utiliza as expressões objeto para tratar das dimensões ou critérios determinadores do conteúdo essencial, e valor, para tratar das teorias objetiva e relativa. Após apresentar as principais distinções entre elas, passa-se a aplicá-la aos direitos fundamentais sociais, tanto na teoria relativa, em que o conteúdo seria cambiante diante das circunstâncias do caso concreto, quanto apresentando noções absolutas pela vinculação do conteúdo essencial destes ao mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e a vedação do retrocesso social.

Diante do quadro posto, o estudo acaba por buscar uma solução conciliatória entre as abordagens possíveis e necessárias ao atual grau de amadurecimento do constitucionalismo brasileiro, partindo para uma defesa de um conteúdo essencial absoluto e dinâmico, em que se incluirão as ideias do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social, garantindo-se o grau de conquista já alcançado pela sociedade brasileira.

---

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, *passim*.

# 1 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA JURÍDICO

## 1.1 A ADOÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS PELA CIÊNCIA JURÍDICA

O Círculo de Viena<sup>6</sup> orientou o desenvolvimento do saber sobre lastros de uma unidade científica que repudia o desenvolvimento do conhecimento racional com contornos assistemático, antes reclamando critérios lógicos, dedutíveis de premissas anteriormente desenvolvidas, numa cadeia sucessória que levava ao avanço do saber.

Dessa forma, a ciência se desenvolve pelo aperfeiçoamento das premissas e postulados já conhecidos – embora não petrificados – que ora são aperfeiçoados, ora retificados, na construção de um sistema do saber, evolutivamente forjado pelos cientistas.

O sistema, por seu turno, caracteriza-se pela unidade que favorece um conhecimento ordenado segundo pré-dados compatíveis que promovem o avanço da epistemologia. Assim, Canaris, após analisar os conceitos de sistema na literatura jurídica<sup>7</sup>, concluiu que a noção de sistema reclama a aceitação de um ponto de vista unitário e ordenado, para evitar uma “dispersão numa multitude de sigularidades desconexas”<sup>8</sup>. Embora reconheça ser ultrapassado o modelo jurídico-conceitual<sup>9</sup> em que a ciência positivista teria um caráter estritamente lógico, reforça sua convicção em torno da unidade pela adoção de bases axiológicas firmes somadas a uma matriz que não dispensa o pressuposto da lógica dedutiva<sup>10</sup> e, por isso, defende que a cientificidade do direito perpassa pelas leis da lógica, ainda que necessite submeter-se a uma objetivação de valores, porque, segundo explica, direito é uma ciência de normas, mas também de valores<sup>11</sup>.

Mas, no fundo, o pensamento sistemático desenvolvido por Claus-Wilhelm Canaris<sup>12</sup> lastreia-se numa unidade ofertada pelos chamados valores fundamentais mais profundos, avançando aos princípios gerais de uma ordem jurídica examinada, de forma a permitir que valores dispersos libertem-se de seus isolamentos e confluem à uma conexão orgânica capaz de

---

<sup>6</sup> Movimento filosófico que surgiu na Áustria, nas primeiras décadas do Século XX, como reação à filosofia idealista e especulativa que prevalecia nas universidades alemãs.

<sup>7</sup> Para chegar a conclusão sobre a percepção de unidade no sistema, Canaris examinou os conceitos desenvolvidos por Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll e Coing.

<sup>8</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.13.

<sup>9</sup> A expressão tem origem na antiga tradição germânica que dominou o conceito de ciência do direito a partir da chamada “jurisprudência dos conceitos”.

<sup>10</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Op.cit.*, 1989, p.30 *et seq.*

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.76-77.

emprestar sentido de unidade a uma ordenamento.

A ciência jurídica seria, dessa maneira, desenvolvida a partir de pré-dados que evoluiriam naturalmente, uma vez que sendo constitutiva de seu próprio objeto, dado que o direito possui caráter estritamente cultural, enquanto ciência social se aperfeiçoaria respondendo às condições de possibilidade da sua realização, num tempo especificado.

Contrariando essa noção de compreender o avançar da ciência pelo desenvolvimento gradual evolutivamente sensato, e analisando a prática do cientista, Thomas Kuhn<sup>13</sup> observou os mecanismos pelos quais as inovações se revelam e percebeu que o desenvolvimento científico não ocorre por meio de uma linguagem científica de componentes lógicos dependentes de anteriores, mas de uma prática interna da própria ciência, quase sempre assistemática.

O conhecimento científico desenvolve-se de duas formas distintas: ou pelo avançar com base em ideias e realizações científicas do passado, promovendo o acréscimo de informações e de conhecimentos ao acervo científico existente, sendo ordinário falar-se em ciência por acumulação<sup>14</sup>; ou pela chamada revolução científica que obvia rupturas com o passado, calcadas na ideia central da modificação dos paradigmas norteadores da chamada ciência normal<sup>15</sup>, e pela adoção de novas concepções científicas, desafiadoras das oferecidas pelo passado até então dominante, mas que se busca superar.

Haverá refutação do conhecimento ordinário, sempre que a vida impuser novos problemas a um modelo de ciência já ineficaz e, portanto, vencido porque carente de soluções reclamadas pela sociedade. Porque inócua, torna-se passível de crítica e objeto de ampla refutabilidade<sup>16</sup>.

Exatamente isso que levou Karl Popper<sup>17</sup> a sugerir que o progresso na ciência, ou a descoberta científica, depende ora de elemento conservador ou tradicional ou histórico, mas muitas vezes e de um uso revolucionário de experimentação e afastamento de erro pela crítica que revela as fraquezas das teorias, ocasionando sua objeção que culminará pela sua substituição.

A substituição de um paradigma por outro se configura, pois, como a essência das revoluções científicas, que são “[...] aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o

---

<sup>13</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.69.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.29.

<sup>15</sup> *Ibidem*, *passim*.

<sup>16</sup> POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moares e Silva. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.16 *et seq.*

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.59.

anterior”<sup>18</sup>, como defende Kuhn, ao contrário do que ocorre com a revolução científica, na evolução científica os conhecimentos novos vêm ocupar o lugar que antes pertencia à ignorância e não a outro conhecimento conflitante com o novato<sup>19</sup>.

O paradigma é uma constelação de crenças, valores e técnicas partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. É a grande referência dentro da qual se movem teorias, técnicas e conceitos. Um paradigma incorpora um arcabouço conceitual específico por meio do qual o mundo é visto, somado a um conjunto específico de técnicas experimentais e teóricas bem marcadas.

Para a ciência jurídica, um paradigma é tomado como válido na medida em que, e enquanto, promove realizações científicas fornecendo soluções modelares a problemas hauridos numa comunidade, pelos seus praticantes

Romper com um paradigma dominante e estabelecer novas compreensões da ciência jurídica significa promover uma revolução científica, caracterizada por uma extraordinária mudança em que se transformam os seus compromissos, desintegrando uma tradição vinculada a um saber científico anterior pela gestação de uma nova e própria visão dos problemas do direito, capazes de resolver os novos problemas que a pluralidade da vida apresenta.

Por isso, sublinha Ricardo Maurício Soares<sup>20</sup> que a ciência jurídica não pode ser compreendida como uma mera observação neutra da realidade posta, afastando-se do propósito de ser uma mera compilação de verdades universais objetivas, para ganhar espírito histórico-condicionadas ao universo onde se aplica e, assim, sendo dinamicamente vocacionada a realizar um constructo cultural.

Deixou a ciência jurídica<sup>21</sup> de possuir um carácter meramente explicativo e descritivo, num papel talhado com acentuado rigor pelo positivismo lógico-dedutivo mais primitivo, para agregar uma dimensão tanto crítica quanto constitutiva de direito, ocupando-se da conformação da realidade e da construção do seu próprio objeto, como registra Miguel

---

<sup>18</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.125.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.129.

<sup>20</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.48.

<sup>21</sup> Nesse sentido defende Karl Engisch que “[...] constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências da cultura, o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, poder afeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre. Havendo uma ciência jurídica, esta há de ser uma ciência prática” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.7).

Calmon Dantas<sup>22</sup>.

O direito, embora dotado necessariamente do seu sistema interno, segue vias assistemáticas de reprodução e desenvolvimento, razão porque não pode ser visto como uma ciência de enunciados certos ou estáveis, nem como um sistema que avança constantemente a um resultado final, mas como um objeto de uma ciência que rompe estabilidades para inaugurar novas compreensões, marcadamente distanciadas de antigas posições.

É nesse sentido, do caráter construtivo do direito, que se pode compreender uma revolução paradigmática, capaz de oferecer um novo lastro de saberes concertados à utilização da ciência jurídica, onde o neoconstitucionalismo se expressa como o novo marco do constitucionalismo democrático, revelando-se como paradigma jurídico desse tempo rotulado de pós-modernidade.

## 1.2 O DESENVOLVIMENTO DA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA

### 1.2.1 As bases do pensamento jusnaturalista

O jusnaturalismo pretendeu estabelecer um sistema jurídico axiológico atemporal, criado a partir da existência de um direito superior e universal que não cederia espaço às modificações ou rupturas mais significativas, porque estas seriam sempre obra do desvirtuamento duma ética universal e naturalmente instituída.

Observa Ricardo Maurício Freire Soares<sup>23</sup> que na caracterização do jusnaturalismo parte-se da pressuposição de uma instância jurídica consistente num “direito natural [que] corresponderia a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental ou metafísico de justiça”.

Em grande parte, o naturalismo pretendeu apoiar a ciência jurídica em valores unívocos e imutáveis, eternos e perenes, afastando as influências do curso do tempo e do desenvolvimento social sobre sua formação e sua compleição reflexiva.

---

<sup>22</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.9.

<sup>23</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.27.

Norberto Bobbio<sup>24</sup>, num esforço para estabelecer critérios que permitam distinguir, no Direito Romano, o direito positivo (*jus civile*) do direito natural (*jus gentium*), lembra que o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o natural não tem limites e, enquanto o positivo é elaborado e posto pela entidade social criada pelos homens, o outro é posto pela *naturalis ratio*. Arremata lembrando que o jusnaturalismo preve uma imutabilidade do direito no tempo, e por isso afirma a sua pretensão de imutabilidade, obviamente pela conservação de paradigmas: “Enquanto, pois, o direito natural permanece imutável no tempo, o positivo muda (assim como no espaço) também no tempo, uma norma pode ser anulada ou mudada seja por costume (*costume ab-rogativo*) seja por efeito de uma outra lei”<sup>25</sup>.

Os paradigmas desenvolvidos pela ciência jurídica, no jusnaturalismo, são imutáveis, válidos para todos os tempos, em qualquer espaço e para todos os seres humanos.

Buscando compreender os diversos fundamentos do jusnaturalismo, Ricardo Maurício Freire Soares<sup>26</sup> agrupa quatro categorias bem marcadas, quais sejam: (a) o jusnaturalismo cosmológico, vigente na antiguidade clássica; (b) o jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo como fundamento jurídico a ideia de uma divindade onisciente, onipotente e onipresente; (c) o jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberais burguesas do século XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana; (d) o jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, fincado na possibilidade do justo sob o prisma histórico e social.

Apesar das nuances que o diferenciam e da crítica evolutiva que o jusnaturalismo contemporâneo recebeu e soube reconstruir com maior clareza – embora sem exclusividade porque o jusnaturalismo clássico também tivera percebido – na medida em que percebeu que o conteúdo do direito justo deveria variar, ao talante das condições de possibilidade histórica, cultural e social de cada povo, tem razão Ricardo Maurício Freire Soares<sup>27</sup> quando aponta firme crítica a mais protuberante característica do jusnaturalismo: “a compreensão de justiça como uma estimativa a-histórica, atemporal e aespacial, em que pese a crítica do jusnaturalismo contemporâneo, merece sérias objeções.”

O certo é que o direito natural, ainda que se reconheça o esforço clássico e contemporâneo para superar as justas críticas a uma ordem axiológica cristalizada num direito estável e inerte, em linhas gerais adota posicionamento contrário a evolução do direito, na medida em que assentado, na melhor das hipóteses, em axiomas como o de justiça que tem, indiscutivelmente, a pretensão de perpetuidade.

Norberto Bobbio, ao estabelecer seus seis critérios de distinção entre o direito positivo e o direito

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.18.

<sup>25</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>26</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Editora juspodivm, 2009, p.116 *et seq.*

<sup>27</sup> *Idem. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.41.

natural<sup>28</sup>, embora formulando a ressalva feita por Aristóteles<sup>29</sup>, põe como um deles a antítese entre a mutabilidade e a imutabilidade, afirmando que o direito natural é imutável no tempo, ao passo em que o direito positivo suscetível às inflexões das variações reclamadas ou decididas pela vida.

Não se pode desconhecer o jusnaturalismo histórico, também identificado como jusnaturalismo crítico ou qualificado pela racionalidade crítica, cuja concepção do direito natural afasta a noção deste como um corpo normativo acabado, terminado e para sempre, admitindo um conjunto de critérios racionais baseados em dados objetivos proporcionados pela chamada natureza do ser humana, evidenciado pela orientação ou tendência que surte da chamada essência das pessoas, de sua natureza, ou de sua instância humana básica, como ensina o filósofo jesuíta Arturo Gaete<sup>30</sup>.

Diferenciando essas duas concepções de jusnaturalismo, a que se assenta num traço ahistórico e a dinâmica, Jesus Antonio de la Torre Rangel<sup>31</sup> indica que a maior parte das críticas que são desferidas ao jusnaturalismo defendido e cultivado pela Escola (ou doutrina) de Direito Natural e não ao naturalismo clássico.

Debruçado sobre o assunto, Jesus Antonio de la Torre Rangel<sup>32</sup> explicita a diferença entre a Escola (ou

---

<sup>28</sup> “4. Critérios de distinção entre Direito natural e direito positivo.

Tratemos, agora, de extrair das várias definições anteriormente examinadas um rol, tanto quanto possível completo, das características distintivas dos dois direitos.

Podemos destacar seis critérios de distinção:

a) O primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição);

b) O segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. – 2ª definição -, Paulo; esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) O terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese natura-potestas populos (Inst. – 1ª definição – Grocio);

d) O quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese ratio-voluntas (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia). O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grocio);

f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: “o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.” (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.22-23).

<sup>29</sup> E que também pode ser verificada em Platão e na Escola Clássica de Direito Natural, da qual também se pode identificar como desenvolvedores atuais Eduardo Novoa Monreal, em *Qué Queda del Derecho Natural?*. Buenos Aires: Ed. Depalma-Benavides López, 1967; RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Jusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Uma visión integradora*. Servilha: Editorial MAD, 2005, dentre tantos.

<sup>30</sup> GAETE, Arturo. La Ley Natural: um enfoque histórico. In: *Mensaje*. n.428. Santiago do Chile: 1994, p.160.

<sup>31</sup> RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Jusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Uma visión integradora*. Servilha: Editorial MAD, 2005, p.27.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.28-29.

doutrina) de Direito Natural e o jusnaturalismo clássico dizendo que (a) enquanto a primeira se funda somente na razão, sendo racionalista; a segunda se funda num determinado conceito global do ser humano, assentado numa antropologia integral, não somente na razão; (b) a primeira é ahistórica, tendo por princípio a noção de que o direito “*es el mismo e igual ‘para todos, em todo tiempo y lugar’*”, ao passo em que para a Escola Clássica, embora seus fundamentos revele sempre um potencial perigo da ahistoricidade, “*sus más claros exponentes, sin embargo, dejan un camino abierto para su adaptación histórica, como Francisco Suárez*”; (c) a Escola de Direito natural tem como lastro o individualismo, ao passo em que a Escola Clássica acentua a importância da comunidade; e, (d) o Jusnaturalismo clássico, de raiz cristã, tem implícito o conceito bíblico de direito como *Mišpat*<sup>33</sup>, ou seja, de liberação do oprimido e de avanço social pela proteção dos pobres, ao passo que a Escola de Direito Natural carece desta concepção.

A distinção mais relevante, para a presente análise, entre as duas correntes do jusnaturalismo, é que o naturalismo clássico desenvolveu uma visão integral do homem, concebendo a existência dos direitos humanos tanto individuais como sociais, tendo como base a relação entre as pessoas, com fundamento na justiça, e com a possibilidade de historizar-se, ainda que isso não ocorra, finalmente, como adverte Jesus Antonio de la Torre Rangel<sup>34</sup> pela repetição de enunciados gerais, afirmações de justiça e bem comum, como valores transcendentais.

A indigitada divergência vem apenas para confirmar a importância do processo de desenvolvimento histórico na obtenção de valores, ou na manutenção estática deles, pelo jusnaturalismo.

### **1.2.2 Racionalidade jurídica como ideal moderno. O positivismo jurídico.**

A tentativa de superação dos postulados do jusnaturalismo conduzidas pelos movimentos iluministas e renascentistas decorreu da necessidade de criar modelos dinâmicos, mas completamente fundados razão humana, pela adoção de um conjunto de valores que deveriam ser plasmados e desenvolvidos pelo projeto de determinação de condutas unicamente assentado na lei, tributo da expressão máxima da vontade majoritária. Da mesma maneira, a superação do modelo desenvolvido pela sociedade medieval perpassava pela concentração de um único centro de produção do direito, acabando com o pluralismo jurídico medieval.

---

<sup>33</sup> E, também, o Sedaqá. Em linhas gerais, o profeta Amós descreve Mispat como sendo a justiça aplicada pelo juiz e Sedaqá é a justiça aplicada por uma pessoa justa e implica os conceitos de misericórdia, compaixão e entendimento.

<sup>34</sup> RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Op. cit.*, 2005, p.29.



Michel Mialle<sup>35</sup> aponta como um dos “erros<sup>36</sup>” dos jusnaturalistas consistiu na observação de que a teoria do direito natural não tinha uma verdadeira função de conhecimento como conceito científico, mas ocupava-se tão somente de sua função prático-social.

Desde então, a burguesia do Século das Luzes dirigiu seus esforços para a modificação do quadro sóciopolítico naquele instante imposto pelo desenho resultante do final do Século XVII, essencialmente marcada pela hierarquização e pela aceitação de uma verdade político-religiosa reinante.

A opressão e a desigualdade do antigo regime conduziram a formatação de um novo centro decisório que, capitaneado pelas ideias de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu, deveria ser único e exercido pela maioria parlamentar, pelos chamados representantes do povo. Nesse sentido, o direito positivo, considerado aquele posto e aprovado pelo Estado, é considerado o único e verdadeiro.

A pesquisa histórica relativa às origens do positivismo jurídico podem revelar que seu propósito libertário defendia a submissão à uma ordem de valores dinâmica e distinta daquela que se pretendia imobilizada. Versando sobre os pontos fundamentais da doutrina positivista, Norberto Bobbio<sup>37</sup> as resume em sete aspectos bem postos:

(a) quanto ao modo de abordar o direito, o positivismo o observa como um fato e não como um valor. Logo, o jurista deve estudar o direito com o cientificismo da Escola de Viena<sup>38</sup> e não como uma ordem axiológica ou com a formulação de juízos de valores. Acentuava o pensador italiano que na linguagem juspositivista “o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”<sup>39</sup>.

O que se observa é que o positivismo tenta desenvolver uma teoria do direito em que os valores a serem adotados serão sempre relativos e dados pela maioria regente.

(b) o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, eis que significa a autorização à ordem estatal para manter a regra desenvolvida faticamente naquele momento, pelo sujeito

---

<sup>35</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.271.

<sup>36</sup> A expressão está entre aspas porque o autor coloca o possível erro para demonstrar sua objeção aos argumentos que tentam desqualificar o jusnaturalismo.

<sup>37</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.131 *et seq.*

<sup>38</sup> Sobre a influencia do Círculo de Viena no pensamento de Hans Kelsen confira-se: CARDOSO, Sidney Amaral. Positivismo jurídico: o círculo de viena e a ciência do direito em kelsen. *Revista da Esmese*, Sergipe, n.3, 2002. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2010.

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.131.

competente;

(c) no que pertine a fonte do direito, o positivismo consagra a legislação (a obra do legislador eleito pelo povo). Por isso, ele “elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume *contra legem* ou costume ab-rogativo e admitindo somente o costume *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*), das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário”<sup>40</sup>.

(d) o positivismo desenha um modelo de norma jurídica imperativista, onde fica bem claro a quem as normas se dirigem, e a que se deve ou não obediência.

Verifica-se que tudo que não está escrito na norma é permitido, em razão do primado da legalidade.

(e) o ponto adicional levantado pela teoria positivista diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que toma a estrutura não mais da norma isoladamente, mas do conjunto integrado e harmônico das normas jurídicas vigentes numa sociedade, o fazendo pelo desenvolvimento de uma teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico<sup>41</sup>.

(f) quanto ao método de ciência jurídica, o positivismo reserva ao jurista a tarefa de observar o elemento declarativo não lhe sendo outorgado o mister de produção ou mesmo criativo do direito.

(g) Por fim, quanto ao dever de observância da lei, vige o *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei).

A ideologia do direito impõe um respeito à lei, nos moldes de um positivismo ético, sendo que num positivismo extremista a validade e a justiça da lei são correlatas. O direito justo é o direito posto pela lei, cujo conteúdo é sempre definível.

O positivismo, diz Michel Mialle, representa uma corrente científica que pretendeu demonstrar que os progressos do espírito humano estavam “ao abandono de um certo número de ideias que a experiência não podia nem fundar nem provar”<sup>42</sup> e, por isso, acrescenta que o direito positivo

[...] opõe-se em seguida a um direito ideal na medida em que o direito «ideal» tomado num sentido moral significa a referência a um direito perfeito que é necessariamente superior ao direito estabelecido. Os positivistas demarcam-se aqui claramente daqueles que eles consideram como «ideólogos» ou «filósofos». Para eles, o direito ideal não pode senão ser um problema de opções políticas ou morais

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.132.

<sup>41</sup> Sobre o tema, confira-se a seguinte obra: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1997.

<sup>42</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.275.

personais e não poderia entrar nas preocupações dos juristas científicos. Portanto, a tarefa do jurista será, antes de mais nada, explicar ou aplicar o direito (a explicação implicará certamente a interpretação, mas esta seguirá as leis da lógica jurídica).<sup>43</sup>

É a busca por um direito que prestigia valores da circunstância, dados pela representação esquemática da organização do poder, detentora do monopólio da criação do direito.

Com o advento da teoria pura do direito<sup>44</sup> no início do Século XX, Hans Kelsen propõe desenvolver uma teoria de direito completamente desapegado de prescrições morais ou valorativas. Afasta-se da sociologia, da política, da religião ou de qualquer saber que tente subtrair do direito uma neutralidade ímpar, forja uma ciência jurídica não crítica e pura, como ele mesmo defende:

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito<sup>45</sup>.

Privilegia-se tão somente a norma em sua compatibilidade vertical com o sistema, numa avaliação meramente formal, a partir da compreensão de que o direito é um sistema lógico-dedutivo, tal como pensado e exposto pelo racionalismo preconizado por Descartes<sup>46</sup>.

Há um enorme esforço, da teoria pura, para afastar o direito da moral, na medida em que para Kelsen, a moral é relativa e deve ser estudada pela ética e não pelo direito que deveria ocupar-se, exclusivamente, do estudo científico da norma jurídica e não do conteúdo que possui.

Como pontua Ricardo Maurício Freire Soares<sup>47</sup>, a validade da norma jurídica é decorrência da observância da norma superior que estabelece seu conteúdo (o que deve ser prescrito), a competência para prescrever e o modo pelo qual se construirá a prescrição, dentro da totalidade sistêmica hierarquizada pela pirâmide bem conhecida.

A obra de Hans Kelsen procura afastar o direito da justiça, na medida em que a Ciência do Direito não é dado o trabalho de identificar o que é justo, mas apenas descrever o positivado como justo, pelo direito.

A filosofia de direito kelsiana é marcada pelo cepticismo axiológico na medida em que as

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.277.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.77.

<sup>46</sup> Cf. DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

<sup>47</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.45-46.

questões valorativas não são suscetíveis de objetividade ou de controle pelo direito que será sempre relativo, eis que não haveria um valor imutável ou perene, mas aquele escolhido para o tempo e para o espaço verificados<sup>48</sup>.

Para o pensamento de Kelsen, portanto, o tempo promove a transformação do direito, dado que suas definições serão hauridas da atividade construtiva da realidade evidente. Por essa razão, sustenta que a vigência da norma será sempre espaço-temporal, definida pelo tempo dos seres que se autoregulam:

Visto a conduta humana, assim como as suas condições e efeitos se processarem no espaço e no tempo, o espaço e o tempo em que os fatos descritos pela norma decorrem devem ser fixados no conteúdo da mesma norma. A vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais.<sup>49</sup>

Ao lado do entendimento do direito despido de qualquer carga valorativa, sobreleva a doutrina de Kelsen uma figura metafórica igualmente conhecida: a da norma como uma moldura, como delimitadora de um espaço onde estariam as diversas opções que poderiam ser escolhidas pelo aplicador do direito para resolver o caso concreto. É a pura expressão do positivismo científico tão perseguido pelo desejo de participar do Círculo de Viena.

Rogério Silva Aguiar<sup>50</sup> lembra que Kelsen, não obstante, jamais pretendeu sacrificar a justiça, tanto que, para ele, não poderia haver tal conflito, uma vez que aquilo que a norma trazia em si era o justo e, portanto, a justiça restaria valorizada pela força atribuída à lei que era, em seu ponto de vista, coincidente com a sua definição.

Embora inegável à segurança jurídica desse modelo, uma vez que a obediência a uma regra previamente conhecida afastava a possibilidade de qualquer sanção, sobretudo aquela decorrente de um juízo valorativo originário de fonte distinta da estatal, na negação da carga valorativa e a tentativa de viver por regras não correspondeu a dinâmica da vida com seu pluralismo e com a complexidade da modernidade que reclama soluções mais flexíveis e concertadas às diferenças entre povos, e, até mesmo, dentro de um único espaço territorial.

Sobre a segurança jurídica, diz Atílio Aníbal Alterini<sup>51</sup> que, em termos gerais, há segurança

---

<sup>48</sup> De notar que Kelsen não ignora o lugar dos valores como integrante da experiência jurídica, mas apenas diz que isso é incontrolável pelo direito.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.13.

<sup>50</sup> AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito Civil Brasileiro. In: MELO, Clayson M. et al (Orgs.). *Novos Direitos: Os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói-rj: Impetus, 2004, p.151.

<sup>51</sup> ALTERINI, Atílio Aníbal. *La Inseguridad Juridica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p.19.

jurídica

*[...] cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores – y no previas – a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo. Todo ello permite calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy*

O cidadão, numa dimensão político democrática, necessita ter esta segurança jurídica da mesma maneira como o motorista necessita vislumbrar o caminho, vendo-o, para que o mesmo se torne previsível.

Mas a segurança não é inconciliável com a justiça, e a fórmula avalorativa do positivismo acabou por permitir o uso da lei como meio artificialmente posto para justificar iniquidades, desconsiderando, como dito, as vicissitudes da realidade e do respeito à valores que jamais poderiam ter sido desprezados, por um direito neutro.

Aliás, a neutralidade é, num fundo, ideologizante, como bem pontaram Theodor Adorno e Max Horkheimer<sup>52</sup>, ao afirmar:

O que aparece como triunfo da racionalidade objectiva, a submissão de todo ente ao formalismo lógico, tem por preço a subordinação obediente da razão ao imediatamente dado. Compreender o dado enquanto tal, descobrir nos dados não apenas suas relações espaço-temporais abstractas, com as quais se possa então agarrá-las, mas ao contrário pensá-las como a superfície, como aspectos mediatizados do conceito, que só se realizam no desdobramento de seu sentido social, histórico, humano - toda a pretensão do conhecimento é abandonada. Ela não consiste no mero perceber, classificar e calcular, mas precisamente na negação determinante de cada dado imediato.

Logo, a neutralidade é um valor porque ela oculta objetivamente a natureza do direito que é exposto, vez que, se o direito é feito pelo Estado, não é inocente esconder-se como ele é, de fato, gerado, e quais os valores que encampa. Afinal, como lembra Michel Mialle, “o Estado não é um instrumento ao serviço de um sistema sócio-político, ele é esse sistema”<sup>53</sup>.

O excessivo formalismo da validade normativa, fortemente defendido pelo ideal preconizado pela modernidade, não propiciam um desenvolvimento do tripé direito, legitimidade e justiça, mas antes os afastam.

Enquanto no jusnaturalismo o pressuposto lógico era a existência de valores estáticos, com as ressalvas anteriormente feitas, o positivismo se apresenta como uma reflexão de um direito despido de valores, ou, como aqui assinalado, com carga axiológica definida livremente pelo

---

<sup>52</sup> ADORNO, Theodor; W. HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*: Fragmentos Filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p.15.

<sup>53</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.135.

direito que servirá ao poder e aqueles que podem dizer o que é o sistema jurídico, valendo-se do direito para impor a coercibilidade de suas vontades de dominação social e coletiva. O paradigma dominante no positivismo era o da coerência jurídica, da separação de poderes, da liberdade, da legalidade e da unidade jurídica.

O tempo diz o conteúdo do justo, variável ao sabor daqueles que detêm competência para criar e fazer valer a norma jurídica. É um direito estéril, sem qualquer compromisso com o desenvolvimento do ser humano.

O problema é que as variações do positivismo não abordaram, com profundidade, o problema da justiça, contentando-se apenas com a validade formal das regras da vida, sem observar que muitas vezes, é este mesmo direito merece ser recusado em razão de ter se afastado do justo que, nos dias atuais, somente pode ser o capaz de ofertar a todos uma vida digna. O direito precisa servir as pessoas e não simplesmente pretender distinguir o que é livre e o que se coarcta.

É certo que alguma ordem institucional, a segurança jurídica e a certeza do direito são indispensáveis à construção de um direito justo, vez que a desordem jurídica e a insegurança acabam por inviabilizar o reconhecimento dos direitos e a implementação da justiça.

Jeremy Bentham, lembrado por Gustavo Radbruch<sup>54</sup>, afirma que graças a segurança se pode prever o futuro e, portanto, tomar decisões que possam influenciá-lo. Adiante confirma que sobre a segurança repousam todos os planos, todo o trabalho e desenvolvimento da vida; com ela a vida não é simplesmente uma sucessão de instantes sem qualquer continuidade. Conclui o jurista e filósofo com a segurança é uma característica da civilização, o que diferencia o homem culto do selvagem; a paz da guerra e o homem *de la bestia*.

O Amazonas de ideias surgidas no iluminismo fez Immanuel Kant contemplar o ideário moderno enfatizando o papel ativo do “eu pensante”, e suas múltiplas possibilidades cognitivas, submetidas aos imperativos categóricos que apresentara, maximizando o respeito devido ao ser humano.

A modernidade foi caracterizada pela forma participativa na tomada de decisões sobre os mais diversos aspectos que influenciam a vida social, valorizado o estado democrático de direito, em sua dimensão emancipatória e progressista, assentada na supremacia constitucional, na divisão de poderes e na soberania nacional, e pela busca de implementação de métodos que

---

<sup>54</sup> RADBRUCH, Gustav. *Introducción a La Filosofía Del Derecho*. Tradução por W. Roces. México: ed. Fondo de Cultura Económica: 1955, p.42.

pudessem oferecer a vida digna a todos.

A promessa da segurança, todavia, foi cumprida com a formação da cultura da idolatria da lei e do apego excessivo à forma legal que acabavam servindo a preservação do quadro social. A busca da racionalidade jurídica tem encantado o pensamento hodierno na medida em que oferece possibilidades de operação do direito com segurança jurídica para, pretensamente, cumprir a promessa de aproximar o direito da justiça.

O plano do direito exigia a mera subsunção ao direito positivo, pela conhecida fórmula do silogismo, em face da necessidade de buscar a chamada *voluntas legislatoris*.

Luigi Ferrajoli<sup>55</sup> analisa esse momento lembrando quão evidente o alcance da transformação gerada pela afirmação do monopólio estatal da produção jurídica e pelo princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido. Para ele, são três as alterações:

(a) Na natureza e estrutura do Direito - a primeira se refere às condições de existência e validade das normas jurídicas, tendo em vista que, no estado premoderno, de formação não legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária, não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas (as fontes eram elaboradas pela igreja, Império, príncipes, municípios, corporações, dentre outros criadores de direito, sem exclusividade). O direito comum somente era assegurado pela valoração que se fazia dele (a busca do justo). A busca pela segurança jurídica e pela garantia de certeza e liberdade frente à arbitrariedade reclamaram a adoção, no Estado moderno, de um sistema de legalidade em que havia a afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido. Por isso afirma:

*El Estado de Derecho moderno nace, con La forma Del Estado Legislativo de Derecho, em El momento em que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con La afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existientem con independència de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las condictiones que sons u actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por Haber sido <<puesta>> por una autoridad dotada de competencia normativa.*

(b) Para a ciência jurídica há a necessidade de ela deixar de ser imediatamente normativa para ser cognitiva, ou seja, explicativa de um objeto autônomo e separado dela: o direito positivo.

(c) No plano da jurisdição se verifica a terceira alteração consistente na formação de uma jurisdição que não é mais criadora de direito, posto que somente a lei tem legitimação para tanto:

*De ello se sigue el carácter también tendencialmente cognoscitibo del juicio.*

---

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro *del* Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

*Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula hobbesiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto veritas, non auctoritas facit iudicium. Y sirve pues, para dar fundamento a todo el complejo de garantías: desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y los derechos de la defensa.*

A crise que afeta o princípio da legalidade tem sua gênese em dois fatores: na inflação legislativa e na disfunção da linguagem legal que gerado uma profusão que acabou por levar a uma discricionariedade na aplicação da lei, conduzindo os aplicadores do direito ao antigo modelo pré-moderno.

A verdade é que a modernidade, de matriz iluminista, banalizou a multiplicidade da vida, esforçando-se para simplificar a vida humana aos desideratos daqueles que podem criar as leis e exigir seu cumprimento. Parodiando Duguit, pode-se dizer que a quimera da modernidade é inserir nas leis a perfeição que os homens não têm.

A racionalidade moderna não somente deixou de atender as necessidades básicas das pessoas, com os ideais libertários, como também se vergou a patrocinar unicamente um sistema econômico determinado que necessita da uniformidade para alcançar a escala de distribuição do que produzia em massa.

Ricardo Maurício Freire Soares<sup>56</sup> procurou demonstrar o colapso desse modelo de desenvolvimento do direito, evidenciado pela submissão da realidade natural e social ao poder vigente, pretensamente legitimado pelo direito que produz:

O programa da modernidade dissolveu-se num processo de racionalização da sociedade, que acabou por vincular a razão às exigências do poder político e à lógica específica do desenvolvimento capitalista. O conhecimento científico da realidade natural e social, entendido como meio de emancipação do ser humano, é submetido às injunções do poder vigente.

Evidente a evolução do vetor de mercado, mais que daquele que transforma a vida das pessoas, fazendo-as progredir. O discurso do moderno favoreceu o crescimento do mercado, permitiu o progresso técnico, mas engendrou problemas sociais sem precedentes.

A afeição às ideias de segurança, previsibilidade, e certeza do direito revelaram-se muito caras, ora porque solaparam a função social do direito em múltiplos contextos, ora porque não mais ofereciam as respostas que a sociedade exigia.

Em face do problema do direito justo, o positivismo jurídico, em qualquer uma de suas múltiplas manifestações, revela propostas limitadas e insatisfatórias. A subordinação da

---

<sup>56</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.63.



legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validade formal que norteiam a produção das normas jurídicas não poderiam oferecer à vida respostas capazes de emancipar a cidadania.

O direito não pode ser um produto unicamente da vontade do legislador que o constrói segundo suas expectativas, seus valores e seu juízo livre, mas um constructo que deve levar em conta as possibilidades, as condições de realidade e os valores mais caros que a humanidade e uma coletividade forjaram ao longo de sua história.

O direito necessitava, logo, perceber-se no seu tempo e não poderia estar concertado à uma liberdade absoluta, porque para legislar não se poderia partir de um papel em branco, mas de uma história de vida já vivida e presente, em dimensões culturais, históricas, políticas e sociais.

Diante dessa circunstância, o direito na modernidade parecia tão livre dos efeitos do curso do tempo das pessoas reais, com necessidades pujantes, que sucumbiu aos ideais da chamada pós-modernidade jurídica, em cujo espaço o neoconstitucionalismo vem encontrando condições de possibilidade para seu desenvolvimento.

### **1.2.3 A pós-modernidade jurídica e a superação do positivismo jurídico**

#### 1.2.3.1 A gestação da pós-modernidade Jurídica e sua caracterização

Os acontecimentos do início do século XX, designadamente a realização de uma revolução socialista em 1917, faziam aparecer razões reais de inquietação para os juristas burgueses.

As antigas pretensões universalizantes de verdade e eficácia dos enunciados normativos, de inspiração iluminista, cedem lugar a uma realidade disforme, de conteúdos concretos fortemente indeterminados, aptos a gerar incerteza quanto ao seu alcance e capaz de desafiar mesmo os critérios hermenêuticos mais elásticos.

Como lembra Antonio Carlos de Almeida Diniz<sup>57</sup>, em muitos casos o rigor do modelo formalista de muitas legislações na descrição de condutas levou ao fracasso das tentativas de

---

<sup>57</sup> DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. O Direito entre o Moderno e o Pós-Moderno: Perspectivas e Desafios. In: MAIA, Antonio Cavalcante *et al* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.302.

acompanhamento satisfatório da pujante velocidade dos potenciais conflitos, deixando de solucionar grande parte das controvérsias nos mais diversos campos do relacionamento humano.

Até mesmo o *homem da rua*, imagem criada por Piero Calamandrei quando se referiu a “*l'uomo della strada*”<sup>58</sup>, simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, era capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto, e não se curvou ao sofisma bem elaborado do positivismo, ao contrário, soube se indignar e pôs-se a buscar alternativas à um direito que poderia se apresentar como iníquo ou perverso.

Por isso, era imperioso que a ordem jurídica fosse composta por um harmonioso convite a conciliação de valores, ainda que por vezes discrepantes, mas que se resolvem pela busca da convivência deles em uma relação de verdadeira complementaridade e interdependência, já que, em essência, a plenitude do cumprimento do objetivo de cada um valor não pode prescindir de um respeito mínimo ao outro.

As promessas da modernidade perderam encanto na mesma medida em que não lograram concretizar os ideais emancipatórios da cidadania complexa. A impossibilidade de realização da liberdade, da igualdade e do acesso igualitário para todos gerou uma enorme desconfiança do discurso unificante.

A realidade social, na perspectiva pós-moderna, é cambiante, fragmentada, fluída e plural e o direito tem que conviver com tal perspectiva, descortinando novos desafios de conhecer, perceber e aplicar o direito.

Partindo desse pluralismo e do relativismo cultural inegável, Ricardo Maurício Soares Freire<sup>59</sup> divisa os elementos fundamentais da cultura jurídica pós-moderna, mencionando o direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo

O pluralismo manifesta-se na medida em que há a implosão de modelos genéricos e fechados, reclamando o fenômeno da descodificação, e o aparecimento de uma multiplicidade de fontes legislativas e de institutos jurídicos.

O caráter reflexivo, na pós-modernidade, pela necessidade que o direito tem de espelhar as demandas da convivência social, na medida em que o direito deve fazer-se um sistema sempre

---

<sup>58</sup> A expressão está registrada e atribuída a Piero Calamandrei em DINAMARCO, Candido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, jan.-dez./ 2001, v.55/56, p.67.

<sup>59</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.51 *et seq.*

aberto e inconcluso, porque capaz de amoldar-se aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social, e não ser a tentativa de estabelecimento de uma pauta de comportamentos prévios, num projeto de pasteurização social fictício e somente imaginado por desconhecer a pluralidade e riqueza da natureza humana.

Com bem lembra Carlos Cossio<sup>60</sup>, desde Pitágoras, a valoração jurídica tem sido identificada com a Justiça. Todavia, adverte ele, a valoração jurídica não é tão simples, mas complexa porque não trata de um único valor, mas de um plexo valorativo, que planta o problema terminológico de sua designação. Por isso, registra que a conduta valiosa não é a unitária, mas a resultante da complexa rede de pessoas que se apresentam em suas múltiplas interações.

A multiplicidade oferecida pela vida atual não se conforma em conceber o ordenamento jurídico como um sistema fechado, mas como uma ordem aberta aos valores e aos fatos da mobilidade da realidade vivenciada. Por isso, tem razão Claus-Wilhelm Canaris<sup>61</sup> quando diz que a unidade do ordenamento jurídico não pode mais ser tratada como contendo categorias puramente formais, mas com uma dimensão de unidade valorativa que somente pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada. Os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada.

O direito pós-moderno é, também, prospectivo na medida em que resta superada uma concepção sistêmica fechada e eminentemente dedutiva, uma vez que o sistema jurídico, ao contrário, caracteriza-se pela sua abertura e mobilidade<sup>62</sup>.

Por isso, utiliza fórmulas normativas propositalmente genéricas, indeterminadas e contingenciais, não poucas vezes valendo-se dos chamados *standards* jurídicos que são pautas móveis, que além de ter de ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’ têm que ser permanentemente concretizadas e aplicadas no caso concreto pelo ato de decidir. O *standard* é um tipo real e, ao mesmo tempo, sempre um tipo ideal axiológico.

Os textos normativos passam a cultivar prioridades axiológicas, contornos que se pretendem proteger um plexo de valores e a diversidade de preceitos normativos aderentes a casos concretos.

O fenômeno jurídico pós-moderno é também o da valorização da dimensão discursivo-

---

<sup>60</sup> COSSIO, Carlos. *La Valoración Jurídica Y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p.82-84.

<sup>61</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.27.

<sup>62</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.103.

comunicativa, realçado pela dimensão retórica do direito, uma manifestação da retórica discursiva.

O conhecimento jurídico passa a exigir uma utilização de recursos linguísticos da semiótica, transformando o papel do operador do direito agora compelido a examinar as significações do direito no espaço das interações comunicativas.

Como acentua Ricardo Maurício Soares Freire<sup>63</sup> “a teoria e a prática do Direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas”. Ou seja, o raciocínio jurídico não mais se limita a mera operação lógico-formal subsuntiva, mas adiciona fórmulas axiológicas de consenso, baseados não apenas em evidências, mas também em juízos de valor.

Por fim, a pós-modernidade deu ao direito um conteúdo relativo, onde não mais existem verdades absolutas, mas sempre dados provisórios, marcados pela constelação dinâmica de valores, princípios e fundamentos.

O pensamento pós-positivista cristaliza um novo desafio hermenêutico permeado por instâncias subjetivas e, em face disso, bem distante do mito da certeza do conhecimento jurídico. Já não é mais possível fundamentar o raciocínio jurídico em premissas absolutas e incontestáveis, uma vez que evidente o relativismo científico.

Inegavelmente se constata aqui o que Thomas Kuhn<sup>64</sup> chama de revolução paradigmática, revelado pela ocorrência desses episódios extraordinários em que há a mudança dos compromissos intelectuais por membros de uma profissão que desintegram a tradição ligada à ciência normal, rejeitando uma teoria científica e adota-se outra incompatível com a primeira, gerando a própria alteração da visão de mundo. Em suma: são as revoluções científicas a fase de transição para um novo paradigma nos quais se vivenciam “episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”.

A quebra de paradigma evidenciada representa o corte ou distanciamento do passado que negava a noção de valores e de conquistas, e a consagração de um modelo que não se conforma com a simplicidade dos modernos positivistas.

Vive-se então uma época em que a certeza é uma variável convivendo em meio de tantas

---

<sup>63</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.53.

<sup>64</sup> KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, *passim*.

outras, como acentua Antonio Carlos de Almeida Diniz<sup>65</sup>, já que ela não é mais o ideal de segurança proporcionado pela expectativa de um resultado único possível e predefinido, mas a associação de possibilidades concorrentes entre si, em busca do justo, da consciência da contingência e da indeterminação da regra.

O mundo encontra-se numa complexa forma de viver, em que mutações, paradoxos e indeterminações oferecidas pela grandeza do sistema social contemporâneo exige aberturas epistemológicas multireferencias, na medida em que a solução do problema real não pode ser feita por um referencial linear cartesiano, mas pelo ordenamento multifacetário, pluricausal e multividente.

Ao lado dessa complexidade, o aumento dos riscos e das contingências provoca a perda do prestígio do método de racionalidade eminentemente formal e aplicável a hipóteses presumíveis, por meio de operações lógicas elementares de submissão da norma ao caso concreto e provoca o confronto da realidade normativa agora cambiante a um mundo de complexa tessitura do corpo social.

Importa aclarar que a pós-modernidade não nega completamente a importância e o papel da lógica formal, mas apenas percebe que na medida em que o processo decisório continua a seguir a forma do silogismo, mas sem a garantia do valor da conclusão, e tão somente como um mecanismo de apreciação e de revelação das premissas escolhidas, justificadas pela cuidadosa motivação, e desde que possam suscitar o menor número de objeções, com defende Chaïm Perelman<sup>66</sup>.

Impõe-se, assim, uma necessidade de resgate da boa retórica e da argumentação como sustentáculos da reflexão jurídica, partindo de *topoi* que funcionaram para garantir a fundamentação da solução encontrada, com desdobramentos que se verificarão com a chamada adesão do auditório próprio. Sendo dessa maneira, informa Ricardo Maurício Soares Freire<sup>67</sup>, “a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica implica uma escolha valorativa por parte do hermenauta, que toma por base o potencial justificador de uma opção hermenêutica”.

Ademais, Robert Alexy contribui com as teorias pós-modernas na medida em que sustenta o

---

<sup>65</sup> DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. O Direito entre o Moderno e o Pós-Moderno: Perspectivas e Desafios. In: MAIA, Antonio Cavalcante *et al* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.305.

<sup>66</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.242-243.

<sup>67</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

direito não poder prescindir de uma teoria do discurso, embasada numa racionalidade prática de regras, princípios e procedimentos, unindo, portanto, dos modelos de sistema jurídico, o procedimental que representa o lado composto pelos procedimentos, nele incluídos o discurso prático geral, a criação estatal do direito, o discurso jurídico e a fala judicial, e o normativo, com sua dimensão passiva, constituído de regras e princípios. Isso numa concepção que permite não apenas uma resposta correta para cada caso, mas mais tentado a potencializar a busca de uma racionalidade prática para a tomada da decisão jurídica.

Essa ordem flexível, típica do pós-positivismo, como registra Atienza<sup>68</sup> chamando-a de “frouxa”, compõe-se de três elementos: a) o primeiro, de um sistema de condições de prioridade, capaz de dar a resolução das colisões entre princípios, num caso concreto, importância e relevo para novos casos que se apresentarem. b) o segundo, um sistema de estruturas de ponderação, produzidos diante de possibilidades jurídicas e fáticas<sup>69</sup>, que oferecem aos princípios o caráter de mandados de otimização; c) e, terceiro, um sistema de prioridades *prima facie*, consistente na prioridade estabelecida de um princípio sobre outro, mas registrando que tal preferência pode deixar acontecer, no futuro, à custa de demonstração comprobatória de quem pretender modificar a relação de precedência já adotada.

Sintetiza Luiz Roberto Barroso<sup>70</sup> que nesse instante, a construção da norma jurídica se inspira numa teoria de justiça, mas sem voluntarismos ou personalismos, baseada num arquétipo de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, entre as quais se incluem a

atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

---

<sup>68</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003, p.182.

<sup>69</sup> Segundo diz: “Com referência às possibilidades *fáticas*, cabe formular duas regras que exprimem o princípio da otimalidade de Pareto (e que supõem a passagem do campo da subsunção e da interpretação para o da decisão racional): a primeira é que “uma medida M é proibida com relação a P e P2, se não é eficaz para proteger o princípio P, mas é eficaz para solapar o princípio P2”; e a segunda, que “uma medida Mj é proibida com relação a Vj e P2 se existe uma alternativa M2 que protege Pt pelo menos tão bem quanto M, mas que solapa menos P2” (Alexy, 1988c, pág. 37). E com relação às possibilidades *jurídicas*, a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade, que se exprime nesta lei de ponderação: “Quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro” (Alexy, 1988d, pág. 147).” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003, p.182).

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

Com os ideais da pós-modernidade se verifica que se está em frente a um direito mais complexo e rico, quase sempre relativo, tal como o é vida humana. Logo, faz-se imprescindível a abertura, na construção da norma cambiante, hodiernamente, às necessidades e possibilidades fáticas e jurídicas. Enfim um direito em constante transformação e aprimoramento, que se modifica, a cada segundo, buscando sempre realizar a necessidade humana complexa e constantemente diferente.

#### 1.2.3.2 Notas características da Pós-Modernidade Jurídica

Inúmeras possibilidades se podem encontrar para tentar caracterizar a modificação paradigmática pós-moderna. Mesmo sem pretender esgotar a sua complexa feição, passa-se a apresentar algumas considerações marcantes, necessárias a compreensão daquilo que se pretende desenvolver.

i. A primeira delas é a superação da dicotomia moderna jusnaturalismo *versus* positivismo pela concepção em que o positivismo jurídico embora tivesse um método bem talhado necessitava de uma fundamentação justa e, por isso, abriu-se a inserção de um espaço para a emergência de um plexo amplo de vetores axiológicos e teleológicos bem próprios do pensamento naturalista.

O jusnaturalismo ofereceu ao pensamento científico da modernidade um conteúdo que não poderia ser desprezado, porque típico representante da luta da humanidade pela conquista de reconhecimentos por vezes elementares, mas vitais em todos os tempos.

ii. A pós-modernidade também notabiliza-se pela transição do pensamento sistemático para o pensamento tópico, realçada a importância da reflexão feita por Theodor Viehweg<sup>71</sup> que, a partir de Aristóteles e Cícero recria o pensamento tópico, com base num catálogo de *topoi* que auxilia a resolução do problema com flexibilidade e capacidade de expansão.

O pensamento por problemas pode conduzir a solução de um caso em concreto de forma completamente diferente da de outro caso prévio ou posterior. A aplicação da tópica ganha relevo para a dogmática e hermenêutica jurídica, ao relacionar um abordagem do fragmentário, do problemático, do pontual e do razoável.

iii. Como novo paradigma do direito na pós-modernidade apresenta-se o desencantamento

---

<sup>71</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p.43.

com as insuficiências do positivismo legalista, pela evidenciação da distancia entre a teoria e a prática, entre o texto da norma e a sua capacidade de, na concretização, realizar a justiça. É preciso encontrar um direito justo, mas não aleatório e escolhido ao gosto do julgador, eis que este tem um campo de atuação delimitado pela inserção de valores bem postos e aptos a serem manipulados com o dever de argumentação.

iv. A incapacidade do direito oficial tudo resolver promoveu a desoficialização de parte das normas de conduta, pelo advento da autorregulamentação e pelo espaço de produção das normas de conduta mais democrático.

O direito coletivo do trabalho, do ponto de vista da teoria da democracia substancial e formal, bem reflete essa tendência, visto representar um círculo de produção normativa não estatal, assim como a crescente atribuição de poderes normativos às agências reguladoras, pelo direito brasileiro.

Para além da produção jurídica, as técnicas de solução de controvérsias pela arbitragem ou pelos meios alternativos de conciliação bem refletem a desoficialização aqui observada.

v. A nova tematização de problemas antes não conhecidos como a da violação de direito massificada; os avanços da manipulação genética; a necessidade de reflexão acerca da redução da massa de desempregados; a reforma do sistema previdenciário-social; um novo capitalismo; a redução da dívida pública; a redução dos danos ambientais; a redução da burocracia estatal; a luta contra o crime organizado; a luta contra a corrupção; a liberdade de imprensa; o gerenciamento das novas tecnologias; o multiculturalismo; a crise da democracia; a definição de uma ideia de direitos humanos; os movimentos migratórios, dentre tantos novos temas<sup>72</sup>.

Não existem modelos prévios capazes de apresentar uma única solução ou método de solução para um mundo tão complexo. O espaço de reflexão e debate nunca foi tão fecundo.

vi. A pós-modernidade apresenta macrodesafios que somente podem ser contornados pelo emprego de uma técnica legislativa com cláusulas abertas ou *standards* jurídicos capazes de ampla adaptabilidade, pela tarefa construtiva do hermenauta. Essa é a única forma de resolver casos difíceis (hard cases).

A adoção dessas fórmulas abertas revela, ainda, mais uma característica evidente, o da primazia do direito construído judicialmente em face daquele genérico e impessoal criado

---

72 Parte deste rol foi elencado no seguinte artigo: HÄBERLE, Peter. The Constitutional State and Its Reform Requirements. *Ratio Juris*, v.13, n.1, March / 2000.



pelo legislador. O aumento gradativo do espaço regulatório autônomo conferido aos órgãos decisórios decorre da inaptidão do funcionamento dos modelos genéricos e dos tipos cerrados formulados pela legislação. É tempo de contínua mutação do direito aplicado.

vii. Há, no espaço do direito pós-moderno, a amplitude da intersubjetividade e do reconhecimento do ser como alguém que precisa aprender a conciliar e a viver ponderadamente, porque seus direitos já não mais são absolutos, mas passíveis de relativização.

A pós-modernidade não conhece verdades absolutas e a própria ideia de segurança é apenas mais um valor a ser ponderado, diante das circunstâncias que a vida tem a oferecer. No particular são precisas as palavras de Luis Recaséns Siches<sup>73</sup>:

*La seguridad, si bien es el valor funcional del Derecho, aquel valor que todo Derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia, no es de modo alguno el valor supremo en el que el Derecho debe inspirarse; pues resulta evidente que los valores más altos hacia los que el Derecho debe tender son la justicia, y el séquito de valores por ésta implicados, tales como la dignidad y la libertad de la persona humana, el bienestar social, etcétera.*

[...]

*A veces, la urgencia de seguridad choca con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos entre seguridad y justicia se resuelven según las características del caso concreto, unas veces en favor de la seguridad y otras veces sacrificando ésta en aras de la justicia.*

O tempo fluído em que se tem que voltar a confiar na capacidade humana de resolver conflitos, dentro dos valores plasmados e curtidos diretamente pelos atores sociais, no desenvolvimento emancipatório de sua cidadania sofisticada do mundo globalizado.

viii. Ainda o direito pós-moderno apresenta-se pela evolução de um movimento chamado neoconstitucionalismo<sup>74</sup>, em que a preocupação com a efetividade da constituição e com a realização de direitos fundamentais são proeminentes.

ix. Por fim, deve-se atentar para um direito que potencializa a hermenêutica construtiva, devotada a implementação da justiça social, contemplando possibilidades jurídicas de promoção da cidadania, com a inclusão dos mais pobres, nodatamente pela proteção do hipossuficiente.

Eis o rol de caracteres que se apresentam como os mais acentuados na compreensão e análise da aplicação do direito e na construção das bases de uma epistemologia da ciência jurídica na pós-modernidade.

---

<sup>73</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía De La Interpretación Del Derecho*. 3.ed. México: Porrúa, 1980, p.293-294.

<sup>74</sup> Cujas bases serão objeto de análise na parte final desse capítulo.

### 1.3 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO PARADIGMA DA PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA

#### 1.3.1 O Neoconstitucionalismo como paradigma jurídico

Numa das sínteses que se pode observar, fica fácil notar que na pós-modernidade o saber jurídico-científico não é mais meramente especulativo, e que o jurista não se limita a desvelar o conteúdo da norma, mas a construir o seu espaço de normatividade. Foi por isso que Santiago Sastre Ariza<sup>75</sup> pinçou, como denominador comum das teorias neoconstitucionalistas, a insistência na necessidade de superação de um modelo de ciência jurídica ocupada exclusivamente em descrever o direito.

Longe das pretensões de neutralidade política, moral ou axiológica, na produção da ciência jurídica, a pós-modernidade jurídica gestou um pós-positivismo que não conforma um plano limitado ao meramente teórico e abstrato, insensível aos problemas que se antepõem para solução. Nesse contexto, o direito constitucional ganha uma nova dimensão reforçada pelo desenvolvimento de teorias que habilitam ao desenlace de questões capaz de dar máxima força normativa à constituição, sobretudo pela implementação dos direitos fundamentais.

Tem razão Miguel Calmon Dantas<sup>76</sup> quando registra que o chamado pós-positivismo tem especial interação com o movimento denominado neoconstitucionalismo, marcando a contemporaneidade pela defesa da normatividade dos princípios, concebidos como instância ética ou reserva material de justiça.

É bem verdade que a expressão ainda não é unívoca, eis que existem vários neoconstitucionalismos, como acentuado por Miguel Carbonell<sup>77</sup>. Todavia, a insuficiente clareza nas diversas teses acerca do seu significado, não significa problema ou fraqueza da

---

<sup>75</sup> ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.250-251.

<sup>76</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.9.

<sup>77</sup> A ressalva é feita pelo autor na apresentação da seguinte obra, em que explica porque da inclusão do caractere “(s)” no final da expressão para justificar que vários autores desenvolvem uma teoria distinta da outra embora todos a identifiquem como neoconstitucionalismo (CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005).

teoria, pelo contrário, possibilita ainda mais a abertura para a reflexão<sup>78</sup>, dada a sua perspectiva ruptural.

Também por tal dificuldade, não se pretende, aqui, esgotar o neoconstitucionalista, mas sumariar as suas bases mais proeminentes de forma a demonstrar que a pós-modernidade constitucional forjou esse novo paradigma capaz de conduzir a compreensão e concretização do constitucionalismo democrático, em que há o abandono do estado legalista para um estado democrático de direito, no qual cada caso concreto deve ser resolvido à luz das possibilidades fáticas, históricas e culturais, mas com firme perspectiva de dar máxima efetividade à constituição e emprestar maior efetivação aos direitos fundamentais.

Manuel Atienza<sup>79</sup> denomina “paradigma constitucionalista” a nova concepção do Direito formada por uma matriz de tendências comuns encontradas nas teorias de autores críticos do chamado positivismo analítico e que hoje se aproximam das teses de Dworkin, tais como Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino e Luigi Ferrajoli. Este último, Luigi Ferrajoli<sup>80</sup>, lembra que esse novo paradigma uma decorrência da catástrofe que se seguiu a Segunda Guerra, a partir de que se buscou, com vigor, uma legitimidade material e não apenas formal da norma jurídica.

A observação de Lenio Luiz Streck<sup>81</sup> ressaltou que “sob esse novo paradigma – que podemos denominar neoconstitucional – o mundo prático passou a fazer parte das preocupações dos juristas”. Essa nova maneira de pensar o direito, rompido com a razão teórica puramente baseada numa lógica de validade que cindia a validade e a legitimidade, passou a ocupar-se de questões morais, políticas e econômicas<sup>82</sup>.

Diante desse fato, o neoconstitucionalismo se destaca como uma nova teoria jurídica a

---

<sup>78</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana (Orgs.). 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.206.

<sup>79</sup> ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel; 2004, p.309.

<sup>80</sup> FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.52-55.

<sup>81</sup> STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana (Orgs.). 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.200.

<sup>82</sup> As condicionantes morais, políticas e econômicas foram, historicamente, rejeitadas pelo positivismo jurídico que se afastava da questão da legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal. Segundo Lenio Luiz Streck, isso levou a “uma racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a ‘entender’ o direito em sua ‘autônoma objetividade’. Repetindo o que já foi dito anteriormente: os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das ‘preocupações’ da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política”. (STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. *Op.cit.*, 2010, p.202).

propugnar uma a mudança de paradigma de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem do primado da lei (princípio da legalidade) para a periferia do sistema jurídico e pondo no centro do sistema jurídico a constituição (princípio da constitucionalidade), pelo reconhecimento desta como norma jurídica com sua força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa que impõe ao intérprete o dever de realizá-la, intensamente.

Ao examinar as inovações que o neoconstitucionalismo provoca na ciência jurídica, Santiago Sastre Ariza<sup>83</sup> constatou que se está “*en presencia de um nuevo paradigma (com toda la fuerza kuhiana del término)*”. Adiante, Riccardo Guastini<sup>84</sup>, num conceito mais sugestivo que preciso, informa que o alcance da expressão, versando que a constitucionalização do ordenamento jurídico consistiria num processo de transformação de um ordenamento resultante de uma impregnação pelas normas constitucionais. Seguiu defendendo que a questão da constitucionalização não é um conceito bipolar (verdadeiro ou falso), mas um conceito de grau de constitucionalização:

[...] *sostengo que la constitucionalización es una cuestión de grado, em el sentido de que um ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Y esto depende de cuántas y cuáles condiciones de constitucionalización estén satisfechas em el senso de aquel ordenamiento.*<sup>85</sup>

Com base nisso, Riccardo Guastini cuidou de elencar sete condições<sup>86</sup> de constitucionalização do ordenamento, que representariam a marca do neoconstitucionalismo, destacando a essencialidade das duas primeiras: a necessidade de se ter uma constituição rígida, superior a lei ordinária e protegida pela adoção de grau superior de dificuldade para modificação e garantia jurisdicional da constituição pela atribuição de competência a um órgão para realizar o controle de constitucionalidade. Também imanta o direito a força vinculante da Constituição; a sobre-interpretação da Constituição que reclama providências interpretativas extensivas do conteúdo da norma constitucional; a aplicação direta das normas constitucionais tanto nas relações envolvendo o cidadão confrontado com o poder estatal quanto na relação horizontal entre particulares. Complementando a lista, sustenta a necessidade de sempre se perseguir uma interpretação conforme das leis e a destaca a influência da constituição sobre as relações políticas postulando dos órgãos constitucionais e de seus atores políticos que utilizam

---

<sup>83</sup> ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.246.

<sup>84</sup> GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.49-73.

<sup>85</sup> GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.50.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p.50-58.

as normas constitucionais na argumentação política para justificar suas ações e decisões.

Foi Paolo Comanducci<sup>87</sup> quem categorizou as três perspectivas acerca do novo paradigma, quais sejam, a do neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico, a serem examinados.

O neoconstitucionalismo teórico se caracteriza, sobretudo, por centrar sua própria análise na estrutura e no papel que os sistemas jurídicos dão ao documento constitucional. Longe da doutrina juspositivista, o neoconstitucionalismo defende a constituição como um valor em si mesmo e representa uma modificação peculiar no modo de interpretação constitucional e sua consequente constitucionalização do direito. O modelo é teórico porque estabelece as condições de possibilidade da leitura de um novo modelo de constitucionalismo, bem como instrumentaliza as formas de superação do positivismo, pela possibilidade de ampla manipulação dos princípios.

O neoconstitucionalismo é ideológico porque coloca em primeiro plano não a organização/limitação dos poderes, mas antes o objetivo de garantir os direitos fundamentais, tendo registrado o valor moral dos direitos fundamentais:

*Dado que algunos de sus promotores (pienso por ejemplo em Alexy, Dworkin y Zagrebelsky) entienden que, em los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre Derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución. Y em este específico sentido el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.<sup>88</sup>*

A ideologia neoconstitucional representa ainda um elo conteudístico que liga a política ao direito, reforçando o aspecto dirigente da Constituição na sua dimensão de justificação político-ideológica, comprometida com a construção de um estado democrático de direito<sup>89</sup>.

Por fim, o rigor metodológico consiste na tese da conexão necessária entre o direito e a moral e, para tanto, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais representariam a ponte de ligação entre eles<sup>90</sup>. A reconexão direito e moral desde a sustentação da co-originariedade

---

<sup>87</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análises Metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.75-98.

<sup>88</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análises Metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.86.

<sup>89</sup> Sobre constitucionalismo dirigente e suas implicações no direito brasileiro, confira-se a obra: DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>90</sup> Note-se que Hans Kelsen, ao desenvolver sua teoria pura de direito, estabeleceu seu propósito de apartar o direito de componentes morais ou de qualquer outra ordem, embora tenha reconhecido que a “uma” moral possa

entre direito e moral, até o papel corretivo que a moral assume nesse novo modo de pensar construtivamente. A percepção do novo ligamento do direito com a moral, com a ética, com a justiça e com os demais valores substantivos, reveladores da importância do homem configura esse “novo Direito Constitucional” como registrara Dirley da Cunha Júnior<sup>91</sup>.

O ponto em comum das diversas compreensões do que venha a ser neoconstitucionalismo vem a ser a necessidade de superação da função meramente descritiva da ciência jurídica para a realização de uma atividade ativa na realização dos valores sociais e comprometida com o problema da efetividade do sistema jurídico como um todo e da ordem constitucional, especialmente.

### **1.3.2 O espaço histórico, teórico e filosófico do neoconstitucionalismo**

Luiz Roberto Barroso<sup>92</sup> destaca a trajetória do direito constitucional, nas últimas décadas, que culminou com o atual momento no qual se afiguram as condições de possibilidade do neoconstitucionalismo. De forma objetiva descreve o seu espaço histórico, teórico e filosófico.

No plano histórico, enquanto o Brasil possui como marco de inflexão o processo de redemocratização que a Constituição de 1988 ajudou a protagonizar, na Europa continental, algumas décadas antes, já no pós-guerra, notadamente na Itália e Alemanha, exigia-se um novo pensar constitucional.

Como registra Luiz Roberto Barroso<sup>93</sup>, a reconstrução da Europa Continental, castigada pela 2ª Guerra Mundial, redefiniu a influência do direito constitucional pondo em destaque a Constituição como norma central da sociedade. A principal referência desse jogo jurídico-político foi a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal de 1951, que cultivou e colheu produção teórica e jurisprudencial suficiente a

---

justificar o direito (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.76-78).

<sup>91</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley. (Orgs.). *Temas da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.73.

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

promover o desenvolvimento da cultura constitucional não somente na Alemanha, mas em diversos países de tradição romano-germânica. Como segunda referência, a Itália com sua Constituição de 1947 e sua Corte Constitucional de 1956. A redemocratização de Portugal e da Espanha, nos anos posteriores, agregou consistência ao novo movimento constitucional.

É no pós-guerra, num momento histórico de repúdio aos recém depositos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade — manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional — como se observa nas Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se claramente.

No Brasil, Paulo Bonavides, um ano antes da Constituinte de 1986, que resultou na elaboração da Constituição Federal de 1988, preconizava a necessidade de adoção de uma nova Constituição que pusesse termo ao abismo entre a norma e a realidade constitucional, “entre a forma e o conteúdo, entre o que a nação pensa e sente e o que apenas pensam as suas elites, as quais, no passado, sempre fizeram nossas Constituições debruçando-se sobre modelos estrangeiros”<sup>94</sup>.

Com acerto, lembra Paulo Bonavides<sup>95</sup> que o Brasil de 1985, saturado pela fórmula usurpadora da Junta Militar da ocasião, residia num problema constituinte decorrente de décadas de ostensivo desacato e de desrespeito à soberania popular num momento em que estavam desprezadas as bases de legitimidade da constituição e, por isso, se perseguia uma Constituição capaz de consagrar as aspirações mais intensas de uma sociedade brasileira ciosa por renovação e açorada pela adoção de uma norma consagrada da transformação, da modernização e da reforma democrática.

É nesse contexto que se promovem as discussões prévias, os debates, a convocação, elaboração e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, cuja experiência tem permitido a promoção, de maneira bem sucedida, apesar da compulsiva alteração de seu texto<sup>96</sup>, da mudança de paradigmas capaz de fazer superar o estado autoritário do passado, pela construção de um estado democrático de direito.

---

<sup>94</sup> BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: A Democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea*. Fortaleza: EDUFE, 1985, p.12.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.13

<sup>96</sup> Até agosto de 2010 já foram produzidas 6 (seis) emendas de revisão e 66 (sessenta e seis) emendas constitucionais ao texto original da Constituição Brasileira de 1988, somando portanto, 72 (setenta e duas) modificações diversas ao longo de pouco menos de 22 anos de sua vigência. Ou seja: tem-se quase 01 (uma) uma mudança formal da Constituição Brasileira a cada 100 (cem) dias.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou de mero coadjuvante jurídico a protagonista e centro de atenção de toda uma geração reflexiva, confiantes na força restauradora e transformadora da sociedade.

O marco filosófico, como bem lembra Luiz Roberto Barroso<sup>97</sup>, pode ser sintetizado pela pós-modernidade, espaço de confluência do jusnaturalismo e do positivismo, formando um conjunto versátil e abrangente de ideias.

A superação histórica do juspositivismo pela racionalidade cientificista aliada ao fracasso político do positivismo justificador de momentos repugnantes na história da humanidade, como o nazismo, permitiram um trilhar por caminhos que conduzissem a novas reflexões sobre o papel do direito e sua função social. A pós-modernidade vai além do direito posto, sem desprezá-lo; faz uma leitura moral e axiológica do direito, mas sem necessidade de criar lastros metafísicos.

Deve-se atribuir à Kant a inspiração pelo renascimento das teorias de justiça, nas últimas três décadas, imantando a racionalidade neutra do positivismo, como observa Jean-Christophe Merle<sup>98</sup>. Foi por isso mesmo que Ricardo Lobo Torres<sup>99</sup> observou que nesse período se deu o retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos, a partir do que no campo filosófico se designou de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), reaproximadora da ética ao direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico<sup>100</sup>.

Diante de tal observação, nunca se pode perder de vista que a filosofia do direito é a única instância capaz de dar justificação do direito positivo, ocupando-se da validade do direito, como indica Alexandre Travessoni Gomes<sup>101</sup>. Dessa maneira, o direito sem justificação contudística não pode resistir, representando tal somente a autorização estatal para uso da força.

Enquanto o modelo de estado de direito, com neutralização das pretensões de justiça operada

---

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>98</sup> MERLE, Jean-Christophe. Ética Kantiana de Integração e Negociação de Ingresso. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p.344-354.

<sup>99</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*. v.II. São Paulo: Renovar, 2005, p.41.

<sup>100</sup> Ricardo Lobo Torres atribui ao livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971 o renascimento dessas ideias.

<sup>101</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. Ética, Direito e Paz Perpétua. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p.302 e 308.



com o princípio da legalidade, favoreceu a separação entre o direito e a justiça, contribuindo a formação do positivismo, o modelo de estado de direito constitucional retomou o vínculo, rejeitando a compreensão meramente descritiva, porque esta se mostrara insuficiente e incapaz de compreender as exigências internas de justiça substancial, como indica Susanna Pozzolo<sup>102</sup> .

Inexorável o reencontro do direito com a sua fundamentação moral ocasionando o surgimento de um espaço profícuo de compreensão da ciência jurídica cuja unidade interna de sentido não se opera apenas no soerguer de uma ideia de justiça de *tipo lógico*, mas também de uma noção sistêmica *valorativa* ou *axiológica*, como defendeu Canaris<sup>103</sup> .

Já no marco teórico, caracteriza o neoconstitucionalismo as condicionantes expostas por Riccardo Guastini<sup>104</sup>, indicadas acima, destacando-se a essencialidade da força normativa da constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento da sobre-interpretção constitucional.

É exatamente esse sustentáculo teórico que Luiz Roberto Barroso<sup>105</sup> defende quando apresenta as três grandes noções que subverteram o conhecimento tradicional acerca do direito constitucional, abrindo espaço ao desenvolvimento desse novo eixo central donde se derivam as atuais notas teóricas e jurisprudenciais do constitucionalismo na pós-modernidade. Para ele, o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, em conjunto, formam a base do neoconstitucionalismo.

O certo é que a compreensão teórica do neoconstitucionalismo não possui uma uniformidade de tratamento doutrinário, razão porque têm sido desenvolvidos inúmeros esforços para percebê-lo com clareza, sendo certo, todavia, que nenhum marco teórico se afasta da compreensão acerca das condições de possibilidade de se implementarem os direitos fundamentais, ao menos no seu núcleo mais elementar, intangível aos agentes públicos e políticos.

---

<sup>102</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.86.

<sup>103</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.30, 33-34.

<sup>104</sup> GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, P.50-58.

<sup>105</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

### 1.3.3 A “planta” do neoconstitucionalismo como paradigma jurídico

Para início de reflexão, tome-se de empréstimo o uso da expressão “planta” do neoconstitucionalismo<sup>106</sup>, numa tentativa de indicar o objetivo de revelar o desenho das especificações básicas do projeto, pela descrição de suas notas características, com exibição de elementos inter e intrarrelacionados.

Indubitavelmente há uma convergência para um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios que necessitam ser realizados gradualmente num esforço que o tempo irá impor e, ao mesmo tempo, revelar maneiras adequadas de concretizar os direitos fundamentais.

São pelo menos duas as consequências decorrentes desta perspectiva: a ponderação como resultado de uma atividade radicalmente subjetiva, eis que resultante de um juízo de valor do intérprete, mas dentro de marcos axiológicos dados pelo constitucionalismo; e, esta mesmo ponderação levando à consequência uma forma de particularismo jurídico, bem conhecida na filosofia moral, embora pouco percebido pela teoria jurídica.

É por isso que Afonso Garcia Figueroa<sup>107</sup> sublinha existirem aspectos implícitos do neoconstitucionalismo: material, estrutural e funcional, e político. No plano material o direito adquiriu uma forte carga axiológica, na medida em que nega o positivismo e se vincula a moral; a dimensão estrutural os princípios constitucionais se expandem e impregnam o ordenamento e passam a exigir uma nova forma de aplicação: a ponderação; e, no plano político, oferece-se grande impacto na relação de forças dos poderes do Estado, sobretudo porque enfraquece o parlamento e fortalece o judiciário.

Como são múltiplos e distintos os enfoques do neoconstitucionalismo, na tentativa de caracterizá-lo ou de revelar suas propriedades mais salientes, pode-se elencar algumas matrizes teóricas que, se não esgotam o problema, revela-o à reflexão crítica.

Enquanto Luis Roberto Barroso<sup>108</sup> destacou: (a) o reconhecimento da força normativa da

---

<sup>106</sup> A expressão planta foi utilizada por STRECK, Lenio Luiz Streck. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana (Orgs.). 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.207.

<sup>107</sup> FIGUEROA, Afonso Garcia. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.165.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto

constituição como uma grande mudança paradigmática do Século XX, que afastou a noção da Constituição como um documento meramente político, para dotá-lo de força normativa cuja imperatividade, que é atributo das normas jurídicas, seria capaz de ensejar a provocação dos meios de coerção típicos, na hipótese de seu descumprimento; (b) a expansão da jurisdição constitucional superando o modelo da supremacia do parlamento, de desenvolvimento doutrinário inglês, pela adoção de supremacia constitucional, cujas bases foram gestadas no constitucionalismo americano, envolvendo a proteção dos direitos fundamentais, imunizados a ação do processo político majoritário, e pela adoção de inúmeros instrumentos de defesa da ordem constitucional; e (c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional como modalidade autônoma de interpretação jurídica, com instrumentação própria, e pressupostos lógicos, metodológicos e finalísticos da aplicação das normas constitucionais, destacando a supremacia da constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público, a interpretação conforme a constituição, a unidade da constituição, a efetividade da norma constitucional e o postulado da razoabilidade.

A tríple caracterização desenvolvida por Luis Roberto Barroso recebeu contundente crítica de Dimitri Dimoulis<sup>109</sup> para quem o elemento peculiar do neoconstitucionalismo é único e residiria na “crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito”. A intensa vinculação da moral com o direito, e sua constante integração marca o pensamento de Alfonso Garcia Figeroa<sup>110</sup> para quem se deve destacar a fundamentação de uma vinculação do direito a sua dimensão ideal e moral.

O diálogo estabelecido entre Écio Oto Ramos Duarte<sup>111</sup> e Lenio Streck<sup>112</sup>, além de reforçar o labirinto de compreensões acerca do neoconstitucionalismo, contribui para suscitar as suas principais características. O intento sistematizador do primeiro atribuiu, sob o filtro criterioso do segundo<sup>113</sup>, ao paradigma neoconstitucional as seguintes notas reveladoras de sua

---

Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>109</sup> DOMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.213-225, *passim*.

<sup>110</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.160.

<sup>111</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.63-73.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010.

<sup>113</sup> Importa aclarar que Écio Oto Ramos sustenta duas outras características, rejeitadas com acerto por Lenio Streck, quais sejam, o pragmatismo e o ecletismo. O pragmatismo foi afastado porque importa em prestigiar o decisionismo casuísta e o discricionarismo, marcas do positivismo, enquanto o ecletismo mereceu censura

compleição: o principialismo; o estatualismo garantista; judicialismo ético-jurídico; interpretativismo moral-constitucional; pós-positivismos; juízos de ponderação e a especificidade interpretativa; a ampliação do conteúdo da *grundnorm* e o conceito não-positivista de direito.

Anote-se, a uma, o principialismo, tomado da distinção conceitual estabelecida entre regras e princípios, capaz de consolidar uma fundamentação que aceita a tese de conexão entre o direito e a moral, na medida em que serve ao neoconstitucionalismo a fixação dos chamados princípios jusfundamentais, tomados como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos de justificação do discurso jurídico<sup>114</sup>.

Essa característica revela uma nota especial que distingue o neoconstitucionalismo do binômio jusnaturalismo-positivismo na medida em que nos princípios, como indica Gustavo Zagrebelsky<sup>115</sup>, confluem aspectos da temática positivista e jusnaturalista, imantando as grandes concepções do pensamento jurídico contemporâneo para assim encontrar forma de cumprir os irrecusáveis compromisso do direito.

A análise de Lenio Streck<sup>116</sup> cuida de revelar que o neoconstitucionalismo está assentado no principialismo como meio capaz de permitir o ingresso do mundo prático no direito, razão porque este é um elemento caracterizador irrecusável.

Acresça-se ainda que é pelos princípios que o direito constitucional readquire sua pauta axiológica, justificando a norma constitucional como uma ordem suprapositiva de valores, conforme expressa cunhada pelo Tribunal Constitucional sediado em Karlsruhe, no ponto culminante da prática denominada “jurisprudência de valores”.

Como indica Ricardo Maurício Freire Soares<sup>117</sup>, tal nota, a do principialismo, torna a Constituição uma expressão real e concreta do mundo dos fatos e valores, eis que a compõe

---

porque este, enquanto mixagem de matrizes teóricas contrariaria a hermenêutica filosófica. Confira-se a crítica em STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2010, p.208-209.

<sup>114</sup> No particular, os problemas do discurso jurídico podem foram examinados pela teoria de Robert Alexy, na perspectiva da busca da racionalidade, como se pode constatar na seguinte obra ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. Trabalhando com o pensamento de Robert Alexy e de MacCormick, e desenvolvendo um pensamento original, confira-se ainda a seguinte obra de Manuel Atienza: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

<sup>115</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Tradução de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995, p.116.

<sup>116</sup> STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana (Orgs.). *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2.ed. São Paulo: Landy, 2010, p.210-211.

<sup>117</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.127

de inegável tessitura axiológica e teleológica, a convertendo no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

Além do principialismo, Écio Oto Ramos Duarte<sup>118</sup> indica o estatalismo garantista como nota marcante do neoconstitucionalismo, a indicar a necessidade de preservação da segurança jurídica pelo monopólio estatal, institucional, de solução de conflitos, capaz de fazer do Estado uma instância comum de realização dos direitos fundamentais. A nota foca na garantia de tutela dos direitos, apartando-se, assim, do positivismo e do jusnaturalismo.

Pelo judicialismo ético-jurídico exige-se do aplicador do direito a elaboração de juízos de adequação e justificação com natureza ética, ao lado de técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas. A dimensão de justiça que se pretende não é a discricionariedade judicial, típica do neopositivismo de Hart com sua regra de reconhecimento, mas a da conjunção de elementos éticos aos elementos jurídicos, matizando o reencontro do direito com a moral, fundindo-os num direito justo. Com tal caráter, ocorre o desenvolvimento de critérios de controle da racionalidade substantiva do elemento normativo.

A perspectiva neoconstitucionalista impõe, ainda, a nota do interpretativismo moral-constitucional a ensejar a busca de um direito justo que leve em conta os valores morais da pessoa humana. O imperialismo da moral foi observado por Mauro Barberis<sup>119</sup> quando lembrou que *“no hay duda de que el imperialismo de la moral constituye uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo”*.

O paradigma neoconstitucionalista é também pós-positivismo na medida em que superou o modelo positivista com traços bem expressos, analiticamente identificados, sob críticas criteriosas, por Luis Pietro Sanchís<sup>120</sup>: mais princípios que regras; mas ponderação que subsunção; onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; coexistência de uma constelação plural de valores (as vezes mutuamente contraditórios) em lugar da homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si.

---

<sup>118</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. *Op.cit.*, 2010, p.66-67.

<sup>119</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.270.

<sup>120</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.131-132.

A oposição ao positivismo levou a doutrina italiana de Gustavo Zagrebelsky<sup>121</sup> a afirmar que o positivismo jurídico não constitui mais do que uma “inércia mental” ou “um puro e simples resíduo histórico”, que somente se sustenta por força da tradição.

Para Susanna Pozzolo<sup>122</sup> o neoconstitucionalista propõe um novo e peculiar modelo axiológico-normativo que não requer a formulação de um ideal jurídico independente do direito positivo, mas um alcançar de um ideal jurídico por meio do que se poderia chamar uma projeção evolutiva, expansiva e necessária, do conteúdo do Direito Constitucional positivo. Por isso, aponta<sup>123</sup> a incompatibilidade entre o juspositivismo com o neoconstitucionalismo esquematizando a base na tripartição bobbiana dos sentidos do positivismo jurídico, e afirmando a distinção no plano da ideologia, já que o positivismo ideológico sustenta que o direito positivo, simplesmente por ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em razão de um dever moral, enquanto o neoconstitucionalismo, pelo contrário, a ideologia é menos complacente com o poder; no plano da teoria porquanto a lei positivista perde prestígio e se subordina à constituição, não somente em seu conteúdo formal, mas sobretudo em seu conteúdo material; e, como metodologia porque enquanto o juspositivismo separou o direito da moral, o neoconstitucionalismo exige uma postura moral e uma atitude ética, ainda que seu pensamento esteja lastreado numa moral contingente, escolhida pelo poder constituinte.

Nada obstante, é preciso reconhecer que, após a contundente crítica formulada por Dworkin, o positivismo jurídico vem sofrendo modificações substanciais, destinadas principalmente a torná-lo mais próximo de parâmetros de justiça. Em resposta aos argumentos de Dworkin, o próprio Hart<sup>124</sup>, em seu Pós-escrito, esclareceu que “a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”, e que, portanto, sua doutrina deveria ser designada como positivismo moderado ou “*soft positivism*”.

Eduardo Ribeiro Moreira<sup>125</sup> ocupou-se de afastar o neoconstitucionalismo do positivismo

---

<sup>121</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Tradução de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995, p.33 e 41.

<sup>122</sup> PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.188.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p.194-195. A defesa da tese também pode ser observada em POZZOLO, Susanna. *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*. Disponível em: <[http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2003\\_n3/monografica\\_a/D\\_Q-3\\_Pozzolo.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

<sup>124</sup> HART, Hebert. Pós-escrito. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1994, p.312.

<sup>125</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p.47.

inclusivo<sup>126</sup> na medida em que o ponto de vista neste é interno e compreensivo, assumindo a possibilidade da moral, mas não a sua necessidade. Ademais, independente disto, a atualidade neoconstitucionalista não se limita a divergir sobre a composição do direito e da moral<sup>127</sup>, indo muito mais adiante, para tentar alcançar um direito justo.

Também o neoconstitucionalismo está assentado num modelo de ponderação, onde os chamados casos difíceis – no qual nenhuma norma pré-estabelecida indica uma direção – devem os órgãos julgadores se afastar do marco de discricionariedade do positivismo para se inserirem em argumentos de princípio, que devem ser sopesados e ponderados.

A especificidade interpretativa marca o modelo na medida em que a posição neoconstitucionalista reclama uma nova metodologia interpretativa, eis que, como sustentado por Gustavo Zagrebelsky<sup>128</sup>, sendo a constituição recheada de valores, ela representa um objeto geneticamente diferente do direito infraconstitucional e que, como tal, reclama outra forma de interpretação. Mesmo ressalvando seu ponto de vista quanto ao fenômeno da compreensão, Lenio Streck<sup>129</sup> admite, se se restringir a interpretação como uma técnica ou método (*ars interpretandi*), que interpretação da constituição demanda um olhar diferente dos destinados aos textos infraconstitucionais.

Esse novo modo de refletir acerca da interpretação produz uma modificação no modo de agir porque o objeto não é uma mera moldura de garantia, mas uma estrutura que conexiona o discurso jurídico com o moral, motivo porque a sua interpretação não pode prescindir da valoração ética. Esse destaque levou Susanna Pozzolo<sup>130</sup> a afirmar que a especificidade da interpretação constitucional condiciona a elaboração de uma necessária interpretação moral da norma constitucional, que contraria a busca por sentidos literais, que figura longe de alcançar a justiça substantiva.

---

<sup>126</sup> Sobre o positivismo inclusivo deve-se destacar o pensamento de Heberle Hart, para quem a moral é contingente, dependendo da regra de reconhecimento, sendo o fator social ligado às normas o principal elemento do direito (HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. Oxfor: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994).

<sup>127</sup> No mesmo sentido, defende Mauro Barberis que o positivismo inclusivo se afasta do neoconstitucionalismo porque este “*hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión (identificativa) necesaria entre Derecho y moral; pero se diferencia del iusnaturalismo tradicional, y se acerca al iuspositivismo inclusivo, em quanto situa tal conexión em el nivel de los principios fundamentales o constitucionales, que desde siempre es el campo de reflexión del constitucionalismo.*” (BARBERIS, Mauro. *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.264).

<sup>128</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Tradução de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995, *passim*.

<sup>129</sup> STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.226.

<sup>130</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. *Op.cit.*, 2010, p.99.

A ampliação do conteúdo da *grundnorm* - que, na teoria kelsiana<sup>131</sup>, seria a norma fundamental fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa ou o seu fundamento de validade comum – para reenviar a exigência de correção e universalidade a um conteúdo axiológico, já que normas jurídicas injustas não podem ser admitidas no ordenamento.

Por fim, o conceito não-positivista de direito pela admissão de normas jurídicas além daquelas positivadas pelo estado. O direito não mais como um objeto que é, mas como algo que deveria ser, inspirando a defesa feita por Lenio Streck<sup>132</sup> no sentido de que este parece ser “o ponto de estofamento das características do neoconstitucionalismo”. Para ele, o positivismo resiste ao neoconstitucionalismo no plano da teoria das fontes, já que a lei perde sua primazia para a Constituição; no plano da teoria da norma, pela compreensão da normatividade dos princípios; e, ainda, no plano da interpretação, pela adoção de um novo paradigma hermenêutico, materializado no chamado giro linguístico-ontológico<sup>133</sup>.

Devidamente assentada a premissa desse novo paradigma, o neoconstitucionalismo, considerando as limitações evidentes da presente reflexão, compete salientar o seu principal objetivo, qual seja, a sua vocação para, não somente limitar o poder público, definindo os atores e papéis do arquétipo de poder, mas principalmente para realizar e maximizar os direitos fundamentais.

#### **1.3.4 Neoconstitucionalismo e concretização de direitos fundamentais**

O neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de valores (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e opções políticas gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação, saúde, alimentação, saneamento, dentre outros).

---

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 216.

<sup>132</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2010, p.229.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.335.



É com essa inspiração que Paolo Comanducci<sup>134</sup> diferencia o constitucionalismo débil ou fraco e forte, sustentando que no fraco a constituição serve apenas para limitar o poder existente, sem prever uma específica defesa dos direitos fundamentais, enquanto que no forte se exige uma constituição que garanta os direitos e as liberdades fundamentais frente ao poder estatal.

Tem razão Manoel Messias Peixinho e Gustavo Merçon<sup>135</sup> quando registram que a limitação do poder passou a ter peso secundário, sendo implementados por um meio mais reflexo que direito, já que, ao contrário do que ocorria nos Séculos XVIII e XIX, o primeiro plano é o da busca dos meios capazes de garantir os direitos fundamentais.

A força ideológica do paradigma reside exatamente na superação da máxima do constitucionalismo, de mera salvaguarda do valor da limitação do poder, para aditar-se a tarefa de encontrar mecanismos mais intensos de satisfação de um catálogo de direitos fundamentais.

Em que pesem as múltiplas resistências que sofre, pela tentação de alguns de aplicar um direito discricionário, o fato é que as marcas do neoconstitucionalismo se apresentam diariamente, no Brasil, auxiliando a transformar a dura realidade dele ser um país rico, com um povo pobre, aliado do mínimo garantido pelos direitos fundamentais.

Longe de pretender esgotar o conteúdo do neoconstitucionalismo, intentou-se aqui registrar o momento em que buscam, os teóricos, soluções mais adequadas para as questões constitucionais que a insuficiência do positivismo racional não soube satisfazer, num mundo onde conciliar contradições, respeitando diferenças, representa mais um desafio para esse tempo.

O neoconstitucionalismo representará, de fato, uma revolução capaz de promover modificações concretas na sociedade na medida em que se forja um novo paradigma, com a relevância da Constituição nos sistemas jurídicos e a centralidade dos direitos fundamentais, reforçados pela busca de sua efetividade, como ressaltado por Dirley da Cunha Júnior<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análises Metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.77.

<sup>135</sup> PEIXINHO, Manoel Messias; MERÇON, Gustavo. Fundamentos Teóricos do Positivismo e do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.324 e 332.

<sup>136</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley. (Orgs.). *Temas da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.73.

Além disso, defende também a adoção de um parâmetro substancial para aferição das normas, razão porque a validade da norma reclama critérios materiais extrassistêmicos, além dos formais, intra-sistêmicos, na medida em que não se acomoda na mera aferição das formalidades jurídicas, indo além, para impulsionar um modo alicerçado de desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Exatamente por isso que Walber de Moura Agra<sup>137</sup> não poupou palavras ao afirmar que os direitos fundamentais se apresentam como os mais importantes elementos na caracterização do neoconstitucionalismo.

Por outro lado, preocupa a provocação formulada por Juan Antonio García Amado<sup>138</sup> ao neoconstitucionalismo, em sua defesa do constitucionalismo positivista, consistente na falta de uma teoria que responda concretamente como um mandado encartado na norma constitucional pode ser implementado, ou se estaria apenas diante de um enunciado semanticamente indeterminado.

Embora se reconheça a enorme dificuldade de oferecer uma resposta consistente a inquietação consistentemente formulada, a busca de condições de possibilidade de desenvolver uma teoria que identifique um núcleo essencial dos direitos, e que encontra no neoconstitucionalismo sua inspiração teórica evidente, pode contribuir para a superação do desafio ao processo de desenvolvimento do grau ou intensidade da efetividade da constituição.

As normas definidoras de direitos fundamentais apresentam-se como a base sobre a qual se pode formar um pacto de compromisso entre as grandes concepções do pensamento jurídico, desenvolvendo-se no espaço fertilizado pelo neoconstitucionalismo.

---

<sup>137</sup> AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p.442.

<sup>138</sup> AMADO, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos: Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.238.

## **2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

### **2.1 TRAÇOS DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **2.1.1 Delimitação do tema**

Antes de avançar no desenvolvimento do tema acerca da teoria dos direitos fundamentais, torna-se necessário delimitar o que se pretende desenvolver nesse trabalho, sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, de modo a permitir, assim, que o leitor possa saber o que pode esperar e o que não pode encontrar acerca da referida teoria, antes de molestar-se a lê-lo.

Da teoria geral dos direitos fundamentais que alicerça o presente estudo não se buscará dissecar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, nem o regime jurídico específico deles, tampouco sua caracterização mais extensa.

Igualmente, não se buscará resolver a complexa questão de quais são ou quais deveriam ser os direitos fundamentais, eis que a busca de tais respostas levariam o trabalho a um necessário terreno filosófico, mas impediriam a conclusão da tarefa a que aqui se propõe realizar.

Logo, o que se fará no presente trabalho é examinar as dimensões dos direitos fundamentais e sua multifuncionalidade, realçando os aspectos mais proeminentes dos direitos sociais ditos prestacionais, bem como refletindo sobre a inviabilidade de persistir-se com muitas das distinções que são apresentadas entre direitos sociais e direitos de defesa, muito embora não se possa recusar o pensamento de que a implementação deles demanda um esforço mais acentuado, porque versa sobre destinação de recursos econômicos, numa sociedade robustecida de valores econômicos próprios do neoliberalismo.

São com essas limitações que se pretende abordar a temática, buscando apresentar os elementos que permitirão melhor compreender, nos demais capítulos, os contornos das teorias que dispõe acerca do conteúdo essencial dos direitos sociais.

## 2.1.2 Terminologia e delimitação conceitual de Direitos Fundamentais

### 2.1.2.1 A opção pela terminologia Direitos Fundamentais

A terminologia “direitos fundamentais” é utilizada preferencialmente nesse estudo, embora não seja a única existente no direito constitucional brasileiro ou no estrangeiro<sup>139</sup> que utilizam de diversos outros termos, tais como “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos naturais”, “liberdades públicas”, “direitos civis”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos subjetivos”, dentre tantos.

A utilização das diversas expressões, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, longe de aclarar a compreensão de uma teoria consistente sobre os direitos, acaba por permitir o desenvolvimento de sistemáticos debates doutrinários e jurisprudenciais, tendo levando Dimitri Domoulis e Leonardo Martins a revelar preocupação pertinente, na medida em que, por exemplo, possa-se sustentar a exclusão dos direitos sociais quando se faz referência aos direitos individuais ou as liberdades fundamentais, “pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais como espécie de direitos coletivos e, portanto, não individuais”<sup>140</sup>.

O problema da utilização assistemática da terminologia reside exatamente na abertura que se oferece às equivocadas tentativas de se estabelecer um regime jurídico distinto para cada uma das expressões, como se cada uma delas remetesse a uma delimitação conceitual distinta, o que não parece correto. Isto porque elas – as terminologias – associam-se muito mais às classificações teóricas que se apoiaram nas múltiplas gerações<sup>141</sup> dos direitos fundamentais, ligando as expressões individuais às dimensões históricas da luta pela liberdade, e as demais às dimensões de igualdade ou de fraternidade, deixando de observar que todos os direitos fundamentais (sejam eles de liberdade, sociais ou qualquer outro) possuem tanto dimensões

---

<sup>139</sup> Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, Cap. 5, p.118.

<sup>140</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.45.

<sup>141</sup> A análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva de “gerações” foi realizada por BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

positivas quanto negativas, como se demonstrará adiante<sup>142</sup>.

Merece registro, aqui, a consideração de que a designação “geração” não expressa bem a classificação, na medida em que transmitiria uma falsa impressão de sucessão ou substituição de um geração pela outra, quando, na verdade, o que se deve acolher é “a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares em constante dinâmica de interação”, como registrara Flavia Piovesam<sup>143</sup>.

Para Willis Santiago Guerra Filho<sup>144</sup>, outra observação também se faz de grande relevância no que diz respeito a utilização da palavra dimensão (e não geração), uma vez que, não se trata apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não são fulminadas com a nascer de novas, mas a noção de que os direitos formulados numa geração, na sucessiva “assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”.

As razões aqui expostas justificam a utilização da expressão dimensão e não geração de direitos fundamentais.

De volta a terminologia, o cuidado com a precisão levou J.J. Gomes Canotilho<sup>145</sup> a apresentar as diversas terminologias, indicando o melhor espaço de sua utilização, sem causar embaraço ou má-compreensão. Nesse contexto é que ele lembra que direitos naturais refletem aqueles inerentes ao indivíduo e anterior ao contrato social; os direitos civis, de inspiração americana, revelando os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão; as liberdades individuais vinculadas a filosofia individualista da escola liberal; os direitos políticos representativos da atuação política do *cidadãos activos*; dentre tantos.

Nesse sentido, as várias expressões utilizadas não importam regimes distintos, eis que, como

---

<sup>142</sup> O presente trabalho intenta defender o conteúdo prestacional para todos os direitos, inclusive os de liberdade, na medida em que todos demandam prestações positivas por parte do poder público. Nesse sentido, confirmam-se as seguintes obras: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 1999; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e, GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>143</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.149-150: “[...] compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada ideia de sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares em constante dinâmica de interação”.

<sup>144</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005, p.47.

<sup>145</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

lembra José Joaquim Gomes Canotilho<sup>146</sup>, “não se trata de fazer uma tipologia dos direitos fundamentais mas de registrar classificações (algumas com valor meramente histórico) sobre os direitos fundamentais”.

Logo, como classificação não dita a natureza jurídica, servindo apenas para compreensão acadêmica de cada momento histórico que, no seu curso, forjou a compreensão acerca dos direitos fundamentais, a utilização ou escolha de uma determinada expressões deve servir apenas para contextualizar o leitor, na dimensão histórica do discurso, e não para diferenciar regimes jurídicos ou o conceito de direitos fundamentais, excetuando as bem marcadas expressões “direitos naturais” e “direitos humanos”, porque estas, segundo Dimitri Dimoulis<sup>147</sup>, melhor representam os direitos pré-positivos ou suprapositivos, estabelecidos em tratados e convenções versando sobre direitos internacionais ainda não internalizados, respectivamente.

Afastada a perspectiva histórica e a especificidade dessas duas últimas expressões (“direitos naturais” e “direitos humanos”), a preferência<sup>148</sup> pela terminologia “direitos fundamentais” deriva da sua generalidade, porque abrangeria todos os direitos de todas as dimensões/gerações, e também porque o qualificativo “fundamentais” delimitaria o campo de abrangência para discriminar somente os direitos que gozam de proteção constitucional, ou seja, aqueles que possuem a força jurídica que lhes oferece a supremacia das normas constitucionais, limitadora até mesmo das competências conformadoras outorgadas aos poderes públicos<sup>149</sup>. Prefere-se, ainda, tal termo porque consagrado pelas diversas constituições dentre elas a Lei Fundamental da Alemanha (1949), a Constituição Portuguesa (1976), a Constituição da Espanha (1978); e, por fim, é pela Constituição Brasileira (1988).

Fixada uma terminologia preferente, a delimitação conceitual do que sejam os direitos fundamentais não é simples, mas variada ao toar da perspectivas analisada, seja ela filosófica,

---

<sup>146</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.369.

<sup>147</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, Cap.5, p.119.

<sup>148</sup> Compartilham dessa mesma preferência: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo e PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Costitución*. Madri: Civitas, 1992, p.82; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.119; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.599; dentre tantos.

<sup>149</sup> Compartilham dessa mesma preferência: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.119; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op.cit.*, 2008, p.599; dentre tantos.

universalista, estatal ou positiva, como indicou José Carlos Vieira de Andrade<sup>150</sup>, ou, ainda, a depender da observância da titularidade dos direitos fundamentais, em seu aspecto objetivo ou subjetivo, assinalado por Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo<sup>151</sup>, valendo-se para o todo social ou subjetivamente para o seu titular<sup>152</sup>.

### 2.1.2.2 Perspectivas de delimitação do conceito de Direitos Fundamentais

Delimitar um conceito de uma teoria jurídica acerca dos direitos fundamentais perpassa por diversas possibilidades, razão porque parece correta a preocupação e advertência de Robert Alexy<sup>153</sup> quando lembrou ser possível, sobre o tema, elaborarem-se as mais diversas teorias, sejam elas históricas, a explicarem o desenvolvimento dos direitos fundamentais, filosóficas, que se empenham de esclarecer seus fundamentos, ou sociológicas, que verificam a função social dos direitos fundamentais. Além disso, pode-se examinar o tema sob um enfoque jurídico, seja numa perspectiva de uma normatividade jusnaturalista, positivista ou pós-positivista, num espaço arado pela teoria neoconstitucionalista.

O foco do presente estudo é o dos direitos fundamentais dentro de um olhar marcadamente jurídico - mas não exclusivamente jurídico -, não pela pouca importância das demais bases teóricas, mas pela necessidade de restringir o conteúdo da pesquisa, viabilizando-a.

A delimitação de um conceito de direitos fundamentais repousa, cronologicamente, numa perspectiva filosófica do jusnaturalismo<sup>154</sup>, que apoiava a ciência jurídica em valores unívocos e imutáveis, eternos e perenes, que deveriam ter a preferência dos operadores do direito.

Para o pensamento jusnaturalista, os direitos fundamentais existem independentemente da chancela do estado, que tem a obrigação de positivá-los, reconhecendo formalmente o que já existe porque, ainda quando não positivados, existem e vinculam, já que não dependem de

---

<sup>150</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>151</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madri: Civitas, 1992.

<sup>152</sup> Tais aspectos serão objeto de considerações específicas, no desenvolvimento teórico que esse estudo pretende realizar, muito embora sem a pretensão de esgotar o assunto, nem de definir qual dentre os diversos conceitos ou perspectivas seja a mais correta.

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Theory der Grundrechte). 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.31.

<sup>154</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2009, p.17.

reconhecimento estatal. Os partidários do jusnaturalismo, salienta Riccardo Guastini<sup>155</sup>, entendem que os direitos existem ‘in natura’, antecedendo qualquer disciplina positiva e independente dessa, resumindo-se a Constituição a reconhecer e não a criá-los. Logo, essa perspectiva não é prescritiva, mas descritiva ou recognitivo dos direitos preexistentes.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>156</sup> aponta que, nessa dimensão, os direitos fundamentais “gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à Sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento”. Evidente que tal perspectiva crava a ideia da preferência do cidadão sobre o Estado, já que, para a dimensão filosófica, antes do Estado e mesmo independentemente da figura estatal, as pessoas humanas gozam os direitos fundamentais de autoridade e se justificam por si próprios.

Na perspectiva juspositivista, os direitos fundamentais são aqueles previstos e positivados numa determinada ordem jurídica estatal ou, como prefere Riccardo Guastini<sup>157</sup>, são os direitos “criados e conferidos aos cidadãos originalmente pela Constituição”. Logo, os direitos fundamentais seriam aqueles sumariados e enumerados nas disposições constitucionais.

Sendo assim, parece evidente que enquanto o jusnaturalismo apregoa uma lista aberta de direitos fundamentais, o juspositivismo trabalha com uma lista fechada.

Numa perspectiva universalista pós II Guerra Mundial, em que se passou a buscar proteger internacionalmente a dignidade<sup>158</sup> da pessoas, nos mais diversos povos<sup>159</sup>, protegendo as pessoas de forma ampla, num mundo globalizado. Nesse contexto, são inúmeras as tentativas de estabelecer – equivocadamente, muitas vezes sem atentar para o multiculturalismo - a proteção do ser humano, independentemente do seu estado de origem. Essa forma de agir abandonava o princípio do *domestic affair* ou da não-ingerência, que limitavam o direito internacional à relações formais entre Estados para substituí-lo pelo *internacional concern*, consagrando a ideia do gozo efetivo dos direitos fundamentais por todos, em qualquer

---

<sup>155</sup> GUASTINI, Riccardo. Exercícios de Interpretação do art. 2 da Constituição Italiana. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, HS Editora, v.9, n.3, dez./2007. Trimestral, p.57.

<sup>156</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.21.

<sup>157</sup> GUASTINI, Riccardo. *Op.cit.*, 2007, p.57.

<sup>158</sup> Sobre dignidade, confira-se: SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>159</sup> Cf. José Carlos Vieira de Andrade “A experiência da guerra e dos totalitarismos, sobretudo num momento em que já não é possível condenar à abstenção o Estado – definitivamente consagrado como administrador da sociedade – e se anuncia uma nova ordem social, impôs que se aproveitassem os laços internacionais, entretanto criados, para declarar e estabelecer um certo núcleo fundamental de direitos internacionais do homem” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2009, p.27).



Estado.<sup>160</sup>

Com percuciência, Peter Häberle<sup>161</sup> apontar como um reflexo da perspectiva universalista, a realização cooperativa dos direitos fundamentais, na medida em que, diante de um Estado constitucional, este deve buscar realizar os direitos fundamentais nas suas relações para com outros Estados para, dessa forma, “criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material e processual dos direitos fundamentais para ‘estrangeiros’ e apátridas ‘entre si’”.

Muito embora não se desconheçam as disputas culturais e econômicas envolvendo o assunto, notadamente entre aqueles que harmonizam preceitos da lógica liberal, de um lado, e do pensamento comunitarista/socialista, que reforçam a noção de direitos de grupos e de povos, como condição precedente a realização individual, é certo que o crescente prestígio dos direitos intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana, sem os quais o homem perde sua qualidade intrínseca, vem ganhando feições de direitos da humanidade, como patrimônio espiritual comum da comunidade<sup>162</sup>.

Na perspectiva estatal, sob a inspiração do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirma-se a necessidade de consagração dos direitos fundamentais, de modo a ser concretamente disposto, a ganhar maior aproximação com a realidade constitucional vivida, e a desbordar sua eficácia condicionante do exercício dos poderes públicos.

As três perspectivas enunciadas, se antes revelavam círculos não coincidentes, atualmente tendem a aproximarem-se, na medida em que os direitos naturais foram encontrando positivação<sup>163</sup>, mas não apenas na ordem interna, mas num conjunto de tratados e convenções internacionais, cada vez mais prestigiados no mundo globalizado.

Sendo assim, e porque é evidente que a aproximação não é sinônimo de coincidência, este estudo adotará a perspectiva estatal positiva, quer porque a jusnaturalista reclamaria uma abordagem metajurídica e ampliaria o conteúdo essencial dos direitos a uma infinidade de abordagens que transformaria a presente pesquisa num estudo da filosofia do direito, quer porque o prisma global dos direitos fundamentais encontraria obstáculos delimitadores

---

<sup>160</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.31-32.

<sup>161</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.66.

<sup>162</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2009, p.37.

<sup>163</sup> Embora as atuais constituições não se resumam a eles, eis que consagram também os direitos de liberdades cívicas e direitos políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre tantos.

igualmente intensos e reclamaria análises do mundo global, onde a diversidade modificaria a análise aqui feita.

Ademais, a análise dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais incidindo nos direitos fundamentais constitucionais, ou seja, sobre os direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988, ainda que com a abertura dada pelo §2º do artigo 5º, e especialmente em sua dimensão prestacional ou positiva, que deve levar em conta as realidades cultural, social e econômica verificadas concretamente.

Também justifica a restrição aos direitos positivados, a compreensão de que o sentido dos direitos fundamentais, como lembrou José Carlos Vieira de Andrade<sup>164</sup>, modifica-se quando integrados numa Constituição concreta, na medida em que a interpretação e conformação levam em conta o quadro global da Constituição, suas fórmulas de organização estatal do poder políticos, seus instrumentos, suas garantias, seus princípios gerais e o sistema de direitos que desenham o ambiente em se que delinham os direitos fundamentais.

No mesmo sentido, recupere-se que enquanto Ingo Sarlet<sup>165</sup> registra que o termo direitos fundamentais se refere aos direitos reconhecidos e positivados no direito constitucional de um determinado estado, J.J. Gomes Canotilho<sup>166</sup> resume-os como aqueles direitos objetivamente vigentes numa ordem constitucional concreta, simplificando Perez Luño<sup>167</sup> ao afirmar que os mesmos são aqueles garantidos pelo ordenamento jurídico positivo.

Por tais razões, embora se reconheça presença de limitações<sup>168</sup>, o esforço desse estudo parte da delimitação conceitual que entende que os direitos fundamentais são os direitos público-subjetivos das pessoas, contidos em dispositivos constitucionais, e dotados, portanto, de normatividade superior dentro do estado, com vistas a limitar a atuação dos poder estatal em face das pessoas.

Pela definição, observa-se que são direitos que criam relações entre dois sujeitos, de um lado o poder público e do outro o cidadão<sup>169</sup>, visando limitar a atitude dos poderes públicos na

---

<sup>164</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.39.

<sup>165</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35-36.

<sup>166</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.353.

<sup>167</sup> LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.46.

<sup>168</sup> As dificuldades para se conceituar direitos fundamentais foram registradas por Ingo Sarlet, em SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.33.

<sup>169</sup> Embora não se possa desconhecer a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ("drittwirkung der grundrechte") ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja análise bom

conformação dos direitos fundamentais, e atribuindo aos direitos fundamentais uma supremacia constitucional que lhe empresta uma fundamentalidade formal capaz de por em destaque os direitos fundamentais dentro do sistema jurídico.

Bem verdade que os adeptos da fundamentalidade material dos direitos fundamentais objetam tal posição, justificando a nota de fundamental no conteúdo do direito e não na sua residência constitucional, como aponta Gustavo Amaral<sup>170</sup>, a ensejar a abertura do sistema a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, como lembra J.J. Gomes Canotilho<sup>171</sup>, inspirado pelas reflexões de Baldassare.

No debate entre a formalidade e a materialidade, Martin Borowski<sup>172</sup> sustenta que o conceito formal dos direitos fundamentais pode ser verificado por meio de um determinado catálogo destes na Constituição, todavia, essa posição pode não ser capaz de solucionar todos os problemas, vez que existiram direitos fundamentais para além do catálogo. Por isso, afirma que o conceito formal de direito fundamental pode ser útil para o trabalho prático, mas em casos de dúvida passa a ser imprescindível adotar o conceito material.

O problema da noção de fundamentalidade material reside na ausência de um regime jurídico reforçado capaz de outorgar aos direitos fundamentais, na prática, uma proteção jurídica adicional, com a preservação do núcleo essencial ou a definição das prioridades orçamentárias da administração pública, por exemplo.

A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se, assim, pela sua fundamentalidade formal, na medida em que somente se estiver garantido mediante norma constitucional, terá essa força jurídica própria da supremacia constitucional, vinculando o poder político, nas suas tarefas de realização dos direitos. Com base nisso, Dimitri Domolis<sup>173</sup> aponta que esse elemento formal é condição suficiente da fundamentalidade, rejeitando a fundamentalidade material dos direitos fundamentais.

As consequências da fundamentalidade formal foram sistematicamente indicadas por J.J.

---

posta pode ser vista no seguinte trabalho científico: SARMENO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

<sup>170</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas*: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.90.

<sup>171</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.355-356.

<sup>172</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.35.

<sup>173</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.47.

Gomes Canotilho<sup>174</sup> quando assinalou quatro relevantes dimensões, quais sejam: (a) as normas consagradoras de direitos fundamentais possuem grau superior na ordem jurídica; (b) referidas normas são submetidas a regime mais rigoroso de modificação; (c) as normas incorporadoras de direitos fundamentais, geralmente, constituem limites materiais a reforma e revisão da constituição<sup>175</sup>; e, d) como normas dotadas de efeitos imediatos dos poderes públicos constituem parâmetros materiais as decisões, escolhas e ações dos órgãos públicos.

Sendo assim, sem pretender resolver o complexo assunto que demandaria um trabalho específico sobre o tema e que, portanto, discrepa dos limites do presente estudo, para os fins do presente trabalho adota-se a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, sobretudo para que se possa analisar, concretamente, as restrições aos direitos fundamentais, na sua dimensão prestacional em sentido estrito.

### 2.1.3 Funções dos Direitos Fundamentais

#### 2.1.3.1 Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais

Não se pode recusar que uma das finalidades dos direitos fundamentais é conferir às pessoas uma posição jurídica de direito subjetivo<sup>176</sup>, seja de natureza pessoal, positiva, negativa ou mesmo de natureza processual, e, conseqüentemente, concertando a atuação estatal ou mesmo dos particulares entre si<sup>177</sup>.

Como sustenta Liborio L. Hierro<sup>178</sup>, os direitos fundamentais entendem-se como posições ou situações normativas, ou seja, posições de um sujeito cujo comportamento é regido por normas que definem liberdades protegidas para agir ou atuar; pretensão de beneficiar-se da

---

<sup>174</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.355.

<sup>175</sup> No caso brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil consagra-as como cláusulas pétreas, no artigo 60, §4º do seu texto que embora se refira à direitos individuais, abrange todos os direitos fundamentais, como bem assinalou Paulo Bonavides em BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.636 *et seq.*

<sup>176</sup> Sobre direito subjetivo, a análise consistente de suas espécies pode ser verificada em: ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Dos Direitos Subjetivos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

<sup>177</sup> Sobre este último aspecto, registre-se a questão da dimensão horizontal dos direitos fundamentais, cuja aplicação não se restringe ao campo do relacionamento do particular com o poder estatal, mas também entre os particulares, naquilo que a doutrina brasileira designa eficácia horizontal ou entre particulares dos direitos fundamentais.

<sup>178</sup> HIERRO, Libório L. *¿Qué derechos tenemos? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.23, 2000, p.356.

proteção em face de condutas danosas alheias a si dirigidas; possibilidade de exigir condutas de outrem; ou imunidades contra a ação alheia ou o poder de outros.

Tais funções, numa análise realizada por Wesley Newcomb Hohfeld<sup>179</sup>, a partir do relacionamento entre dois sujeitos, ensejam um quadro de posições correlatas e opostos, consideradas num esquema único, que complementa as posições acima, quais sejam, a obrigação de abster-se de interferir na liberdade de alguém; a obrigação de satisfazer a pretensão do outro; a sujeição a um direito do outro ou a impossibilidade para ordenar a conduta do outro. Esses deveres impõem um conjunto de obrigações ou de situações negativas que implicam na limitação da capacidade de ação do sujeito, como observara Liborio L. Hierro<sup>180</sup>.

Certo que, se, de um lado, os direitos favorecem a ação dos sujeitos, os deveres limitam suas capacidades, como anota Juan Ramón de Páramo Argüelles<sup>181</sup>.

Essa correlação e oposição foi delineada por Wesley Newcomb Hohfeld<sup>182</sup> com base em quatro conceitos, quais sejam o dever, não-direito, sujeição e incompetência partir do que montou seus oito pares conceituais, sendo quatro deles em relações de correlação e outros quatro em relações de oposição.

Para Hohfeld, estariam assim em correlação os conceitos: direito/dever; privilégio/não-direito; poder/sujeição; imunidade/incompetência e em relação de oposição (negação) estariam os conceitos direito/não-direito; privilégio/dever; poder/incompetência; imunidade/sujeição. Daí então decorre que, considerando a correlação entre os conceitos-chave:

- a) Ter direito-pretensão, *claim-rights* (pretensões ou direitos em sentido estrito), frente a alguém significa estar em posição de exigir algo deste alguém;
- b) Ter um privilégio frente a alguém, *liberty-rights* (privilégios), significa não estar sujeito a qualquer pretensão sua. Privilégio como expressão da ausência de dever;
- c) Ter um poder, *powers* (poderes), frente a alguém significa a capacidade jurídica (competência) de modificar a situação jurídica desse alguém;

---

<sup>179</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.

<sup>180</sup> HIERRO, Libório L. *¿Qué derechos tenemos? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.23, 2000, p.356.

<sup>181</sup> ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo. Concepto de Derechos Fundamentales. In: BETEGÓN, Jerónimo et al (Orgs.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2004, p.199.

<sup>182</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. *Op.cit.*, 2000.

d) Ter uma imunidade, *immunities* (imunidades), frente a alguém significa que esse sujeito não tem o poder normativo de alterar-lhe a situação jurídica, pois é incompetente normativamente para isso.

Os direitos podem ser considerados como uma dessas quatro posições, ou como uma combinação entre algumas delas.

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão mais estreita com a categoria dos chamados direitos-pretensão ou *claim-rights*, como defende Juan Ramón de Páramo Argüelles<sup>183</sup>, tendo acrescentado a justificativa da relevância do bem jurídico protegido, a ensejar proteção especial pela ordem jurídica, já que são eles – os direitos fundamentais – quem promove o encontro entre a moral e o direito, patrocinando o reencontro desejado e perseguido pelo neoconstitucionalismo entre legitimidade e legalidade.

Referidas pretensões põem os indivíduos numa situação que lhes possibilita exigir de alguém que facilite uma conquista de fruição, seja omitindo-se acerca de algumas questões, seja realizando certas ações tendentes a permitir, concretamente, o gozo dos direitos.

Essa afirmação tem consequências não apenas no plano do simples desenvolvimento teórico, mas com resultados também práticos, na medida em que pode oferecer resoluções de conciliação das dimensões objetiva ou subjetiva dos direitos fundamentais, impedindo o privilégio ao obstáculo de desenvolvimento dos direitos, pelos adeptos da tese de que os direitos fundamentais somente se transformam em direitos exigíveis quando conformados, em sua concreção, pela ordem jurídica posta ou, noutras palavras, quando o ordenamento jurídico o instrumentalize<sup>184</sup>.

Da simples previsão enunciativa do direito fundamental, eis que inexistente na constituição norma desprovida de eficácia<sup>185</sup>, decorre a existência de direito subjetivo público<sup>186</sup> à sua implementação concreta, ao menos no seu conteúdo essencial, não se admitindo seja posto à disposição do agente público que o conforma. O direito subjetivo público, como lembra

---

<sup>183</sup> ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo. Concepto de Derechos Fundamentales. In: BETEGÓN, Jerónimo et al (Orgs.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2004, p.201.

<sup>184</sup> Cf. HIERRO, Libório L. *¿Qué derechos tenemos? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.23, 2000, p.356-359.

<sup>185</sup> Sobre o tema, confira-se: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998; e, ainda, entre nós, o seguinte trabalho: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

<sup>186</sup> Iclíio Vanni apresenta um preciso definição de direito subjetivo, afirmando: “*el derecho em sentido subjetivo es la facultad de los individuos y de los entes colectivos de obrar conforme a la norma que garantiza sus fines e intereses, y de exigir de los demás lo que es debido por razón de la misma norma*”(VANNI, Iclíio. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Librería Beltrán, 1941, p.141).

Edvaldo Brito<sup>187</sup>, preocupado em apartá-lo do direito público subjetivo, afirma-se perante um sujeito público a que incumbe o dever correspondente. Em se tratando de direitos fundamentais, lembra George Sarmento Lins Junior<sup>188</sup> que o “o indivíduo é detentor do poder de exigir do Estado a obrigação de não-ingerência em sua esfera de liberdade ou o cumprimento de uma prestação”.

O direito subjetivo faculta ao seu titular agir em conformidade com o espaço definido pela norma que garante seus fins e interesses, juridicamente tutelados, podendo exigir dos demais indivíduos o que é devido, por eles, seja por ação seja por omissão, em razão da mesma norma.

A investigação sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais, tal como registra Robert Alexy<sup>189</sup>, revela que estes representam um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas, sendo que, de posições globais abstratas, pode-se recorrer a multiplicidade de funções cuja distinção deve-se à celebre classificação de Jellinek<sup>190</sup>, desenvolvida no final do Século XIX, que os referia como *status passivo* (ou *status subiectionis*), *status negativus* (*status libertatis*), do *status activae civitatis* (ou *status activus*) e do *status civitatis* (ou *status positivus*).

Essa doutrina busca delinear a posição em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, extraíndo-se delas deveres ou direitos diferenciados pelas particularidades dos direitos fundamentais.

Dentre as múltiplas possibilidades de compreender o alcance de *status*, Robert Alexy<sup>191</sup> adverte que a classificação acima se caracteriza como uma relação do Estado que qualifica o modo de ser do indivíduo e não a sua fruição ou possibilidade de ter direitos. Para ele *o status* é uma situação e não um direito.

A diferença é útil à compreensão da função abstrata dos direitos fundamentais, na medida em que o conteúdo essencial de um direito de propriedade, por exemplo, tanto pode ser investigado no seu caráter concreto, ou seja, de uma propriedade determinada de um sujeito

---

<sup>187</sup> BRITO, Edvaldo. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.212-213.

<sup>188</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmento. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito*, Maceió/Alagoas, v.01, p. 25.

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.254.

<sup>190</sup> O estudo desenvolvido por Jellinek pode ser conferido na seguinte obra, cuja leitura atual vem sendo feita por Robert Alexy: JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

<sup>191</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2008, p.255.

específico, quando no plano abstrato, em que simplesmente se garante a alguém o direito de adquirir propriedade, portanto a sua extensão de ser.

Com base na divisão acima proposta, e sem desconhecer as tentativas de construção de novos *status* dos direitos fundamentais<sup>192</sup>, o presente esforço debruçar-se-á na divisão da relação dos quatro *status*.

#### 2.1.3.1.1 *O status passivo*

Pela situação jurídica indicada como *status* passivo deve-se observar a sujeição do indivíduo frente ao Estado, no âmbito da esfera de suas obrigações individuais.

Analisando o *status* passivo, Robert Alexy<sup>193</sup> indica que o preceito dá azo a duas interpretações distintas, sendo a primeira aquela de coloca o sujeito numa situação em que ele está proibido, pelo estado, de realizar algo ou ele tem que agir segundo um dever que lhe é imposto ou que poderia, legitimamente, existir algum dever ou proibição. Ou seja, para essa primeira interpretação, o sujeito se encontra numa sujeição perante o Estado. Pela segunda, o *status* representaria a totalidade dos deveres ou das proibições que o Estado impõe, ou tem competência para fazê-lo, ao cidadão.

O *status* passivo representaria bem mais um conjunto de obrigações potencialmente definidos pela ordem jurídica, e que impõem ao indivíduo sujeições no âmbito de obrigações individuais.

Como indica Daniel Sarmiento<sup>194</sup>, nesse *status* o indivíduo é percebido como súdito, sujeito ao poder do estado.

O Estado, aqui, tem o poder de vincular juridicamente o cidadão por meio de ordens e proibições, a cuja obediência o indivíduo se subordina.

#### 2.1.3.1.2 *O status negativus*

---

<sup>192</sup> No particular, registre-se o *status constituen* de Denninger, o *status constitucional* de Hesse, o *statusactivus processualis* de Häberle, dentre outros.

<sup>193</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.256.

<sup>194</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.259.



O *status negativus* revela a possibilidade que tem o cidadão de resistir à uma intervenção estatal valendo-se, para tanto, dos meios que o ordenamento jurídico lhe oferece.

Robert Alexy<sup>195</sup> adverte que o referido status não se refere ao conjunto de direitos de defesa em face do Estado, como muitas vezes se poderia pensar, mas ao âmbito no qual o membro do Estado é senhor, numa esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. É o espaço de realização do indivíduo livre da ação do Estado, tornando o status negativo uma esfera individual de liberdade, onde as atitudes particulares possuem irrelevância jurídica em relação ao Estado, na medida em que uma determinada ação pode ou não ser exercida pelo sujeito, não sendo nem obrigatória, nem proibida.

Esta situação protege a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado que está limitado em sua possibilidade de agir, gerando a este uma obrigação de deixar de fazer algo, dentro daquilo que a doutrina chama de imperativo de omissão – *unterlassungsgebot* – como anota Dimitri Domolis<sup>196</sup>.

J.J. Gomes Canotilho<sup>197</sup> ao examinar o tema, procura identificar um espaço claro de não atuação estatal, mesmo sem deixar de cuidar da necessária eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de modo a evitar os riscos da “panconstitucionalização” da ordem privada, preservando assim um espaço de autorregulação civil que não pode ser transformado num “direito de não-liberdade” do direito privado.

O status negativus representa o direito de resistência à intervenção estatal, eis que dota o indivíduo de uma esfera individual de liberdade imune à ação estatal, ressaltando-se, como lembra Dirley da Cunha Júnior<sup>198</sup>, a ação tendente a garantir o próprio direito.

Os status passivo e negativo se encontram numa evidente relação de contradição, ainda que de complementariedade, na medida em que opõe o dever e a proibição, de um lado, e a faculdade do outro.

---

<sup>195</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.258.

<sup>196</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.56.

<sup>197</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.113.

<sup>198</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.542

### 2.1.3.1.3 *O status positivus*

Pelo status *positivus* ou status *civitatis* ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para poder exigir do Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de necessidades. Tem-se no *status positivus* o oposto do negativo, porque se reconhece ao indivíduo a capacidade de recorrer ao aparato de instituições estatal para garantir pretensões positivas.

Para Dimitri Domolis<sup>199</sup> esse status permite aos indivíduos exigir determinada atuação estatal, no sentido de promover a melhora de suas condições de vida, garantindo os pressupostos indispensáveis ao exercício das liberdades, incluindo as referidas no status *negativus*.

Lembra, todavia, Robert Alexy<sup>200</sup> que o fato de possuir pretensão em face do Estado confere ao indivíduo tanto uma possibilidade de fruição direta do direito a algo, com uma competência para exigir o cumprimento de um determinado direito, ou seja, possuindo capacidade juridicamente protegida para exigir a prestação.

A partir daí se pode perceber, duas consequências desse status, a primeira a exigibilidade de prestações materiais, ou, na terminologia alemã, “ações fáticas positivas” – *positive faktische Hundlungen* – que consiste no oferecimento concreto de bens ou serviços às pessoas, tais como saúde, educação, alimentação<sup>201</sup>, dentre outros direitos fundamentais sociais expressos nos textos constitucionais; ou prestações normativas positivas - as “ações normativas positivas” – *positive normative Hundlungen* – que consiste na criação de normas jurídicas que protegem os direitos individuais, como ocorre, por exemplo, com os chamados direitos sociais dos trabalhadores<sup>202</sup>.

### 2.1.3.1.4 *O status activus*

---

<sup>199</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.56.

<sup>200</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.264.

<sup>201</sup> Na República Federativa do Brasil, a Emenda Constitucional n. 64/2010, inseriu o direito fundamental à alimentação, no rol expresso dos direitos sociais, alterando o artigo 6º da Constituição de 1988 que passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>202</sup> Vide, por exemplo, o artigo 7º da Constituição Brasileira de 1988.

O *status activus* ou *status activae civitatis* assegura ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política, ou seja, como titular dos direitos políticos. O status de cidadania confere à participação no processo político democrático, permitindo ao cidadão interferir na esfera política.

Por tal situação, o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, forjando uma forma de organização política baseada na igualdade potencial de influência de todos os cidadãos, que concede às pessoas comuns a capacidade de decidir coletivamente seu destino, como criticamente anota Luis Felipe Miguel<sup>203</sup>.

Por isso, Ernest Wolfgang Bockenforde<sup>204</sup> assinalou que a participação na vida política se refere a possibilidade que tem o indivíduo de alcançar, ou de manter, uma estrutura do poder político que se exerce nos órgãos ou cargos estatais, assegurada a participação de todos, igualmente.

Sintetizando-se, numa forma bem simples, pode-se afirmar que o *status* de cidadania conduz na possibilidade de acesso de qualquer indivíduo ao centro de decisão estatal.

### 2.1.3.2 Classificação funcional dos Direitos Fundamentais. Direitos de defesa, de prestação e de participação

A partir do desenvolvimento da teoria dos *status* dos direitos fundamentais, com as necessárias depurações e correções que foram feitas ao longo do curso do tempo, pode-se pinçar as dimensões dos direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas, quais sejam, a dimensão de defesa, a dimensão prestacional e a dimensão de participação.

Extraindo da teoria dos status diferentes categorias de direitos, Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>205</sup> relaciona o *status* à múltiplas pretensões do indivíduo perante o Estado, vinculando o status passivo às pretensões de respeito do indivíduo, ou a obrigação ou proibição estatal que o vincula, subordinando-o diretamente; indicando que o *status* negativo substancia a liberdade do cidadão no Estado, identificando-se com os direitos de defesa; enquanto o *status* positivo

---

<sup>203</sup> MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.45, n.03, 2002, p.484.

<sup>204</sup> BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p.83.

<sup>205</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p.38-39.

representaria a base das prestações estatais positivas em favor dos indivíduos. Por fim, lembra que o status ativo fundamenta a atuação de alguns indivíduos em nome da coletividade.

A análise da estrutura das normas de direitos fundamentais reclama compreender a classificação dos referidos direitos segundo sua funcionalidade, tomando-se o critério desenvolvido especialmente por Robert Alexy<sup>206</sup> a partir da teoria dos status de Jellinek, que fora parcialmente adotado no direito constitucional lusitano por J. J. Gomes Canotilho<sup>207</sup> e José Carlos Vieira de Andrade<sup>208</sup>, e apresentado amplamente no direito constitucional brasileiro por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>209</sup>.

A partir desta concepção, Robert Alexy classificou os direitos fundamentais, segundo a função por eles exercida no ordenamento jurídico, tendo sido sistematizado por J.J.Gomes Canotilho<sup>210</sup>, em direitos de defesa, direitos a prestação e direitos de participação, que ainda trouxe a subdivisão da categoria “direitos a prestações” em direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações, sendo os primeiros de índole prestacional diretamente compreensíveis a partir da norma constitucional, ou seja, independentes da atuação do legislador para a definição do seu conteúdo e, os segundos, aqueles pelos quais aos cidadãos se asseguraria uma participação igual nas prestações segundo as capacidades existentes, de modo que restaria assegurado o nível de concretização das prestações constitucionalmente previstas na Constituição pelos poderes públicos<sup>211</sup>.

Relevante advertir que a classificação formulada é das funções dos direitos fundamentais e não dos direitos fundamentais, a ensejar a incorreção daqueles que enxergam em tais direitos a função de defesa vinculada aos direitos de primeira dimensão, os direitos de liberdade, ao passo em que estariam ligadas as funções prestacionais aos direitos sociais. O que restará demonstrado, no desenvolvimento seguinte, é que todos os direitos possuem as funções tanto de defesa quanto de prestação<sup>212</sup>.

---

<sup>206</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>207</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>208</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>209</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>210</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op.cit.*, 1998, p.383 et seq.

<sup>211</sup> No mesmo sentido confira-se CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.294-295.

<sup>212</sup> Tais aspectos serão abordados no curso do presente estudo.

O exemplo de Zulmar Fachin<sup>213</sup> bem comprova tal reflexão quando lembrou que o direito fundamental de não ser torturado possui tanto a função de defesa, ao exigir a abstenção do Estado que não pode torturar, quanto a função de prestação, na medida em que a este se impõe o dever de agir para evitar que a tortura seja praticada.

Formulado o esclarecimento, resta agora a tarefa de aproximar um detalhamento das referidas funções, realçando, contudo, que no presente estudo as chamadas funções de defesa e de prestação devem merecer destaque em razão do significado que tais funcionalidades apresentam na busca de uma delimitação do conteúdo essencial dos direitos sociais.

#### *2.1.3.2.1 Direitos Fundamentais na função de direitos de defesa*

Os direitos fundamentais cumprem a função de direito de defesa quando proíbem aos poderes públicos a ingerência sobre a esfera jurídica do indivíduo, estabelecendo normas de competência negativa, ou quando permitem ao sujeito exercer positivamente direitos fundamentais, as chamadas liberdades positivas, ou exigir omissão dos poderes públicos, de forma a evitar agressões a si, são as chamadas liberdades negativas.

Essa síntese, formulada por J.J. Gomes Canotilho<sup>214</sup>, revela a existência de uma função que impor uma omissão estatal. Uma obrigação de um não agir por parte dos poderes públicos, que, somente em casos expressamente autorizados e sob certas condições, poderiam intervir na esfera individual do titular dos direitos fundamentais.

Também inspirado na lição da teoria dos status de Jellinek, José Carlos Vieira de Andrade<sup>215</sup>, em sua classificação dos direitos fundamentais em três categorias - quais sejam: direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação – lembra que pela função de direito de defesa o indivíduo pode esperar uma abstenção por parte do Estado, como consequência do dever de não-interferência ou de não-intromissão no espaço de autodeterminação individual do cidadão.

---

<sup>213</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p.217.

<sup>214</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.383.

<sup>215</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.168.

Não por outra razão, Ingo Sarlet<sup>216</sup> defendeu que, nessa condição de direitos de defesa os direitos fundamentais objetivam a limitação do poder estatal, assegurando “uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia individual”.

Ao sintetizar a estrutura da função de defesa J.J. Gomes Canotilho<sup>217</sup> afirma que

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Importa registrar que o exercício da função de defesa, embora precipuamente dirigido aos poderes públicos, de quem se espera não intervenha, senão nos limites permitidos pela constituição, na manifestação de liberdade do indivíduo, também pode ser oposto aos particulares, na medida em que se desenvolve a eficácia entre privados dos direitos fundamentais.

Patente na função de defesa aquilo que Jellinek indentificou como *status negativus* ou *libertatis* que permitirá ao sujeito de direito uma resistência a uma intervenção estatal, valendo-se, para tanto, dos meios que o ordenamento jurídico institucional oferece.

#### 2.1.3.2.2 Direitos Fundamentais na função de direitos a prestações

Enquanto a função de defesa dos direitos fundamentais se dirige, em princípio, a uma posição de respeito e omissão dos poderes públicos, a função de prestação podem ser reconduzidos aos chamados *status positivus* ou *status civitatis* que implicam uma postura ativa dos poderes públicos e dos órgãos estatais, no sentido de que ele é obrigado a por à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica ou mesmo fática.

Chancelando tal posição, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>218</sup> lembra que a função de defesa esta

---

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>, Acesso em: 10 abr. 2003, p.3.

<sup>217</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.383.

vinculada a matriz liberal-burguesa, enquanto a função de prestação residiria nos movimentos que levaram ao pensamento constitucional desenvolvidos após a II Guerra mundial.

Fortemente vinculados ao pensamento de que a liberdade há entre iguais, busca-se uma concepção de que pelos direitos fundamentais se pode extrair uma função de prestação capaz de ensejar à disposição do cidadão meios efetivos e materiais de fazer implementar condições fáticas que possibilitem a efetivação do exercício das liberdades fundamentais. Radica nessa função mais que a liberdade perante o Estado, incluindo-se também a liberdade pelo Estado.

Foi isso que levou Gregório Peces-Barba<sup>219</sup> a sustentar que os direitos sociais, nos quais primeiramente se observa a função de prestação<sup>220</sup>, têm como objetivo “la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios”.

A função de prestação exigirá, nesse espírito, que o poder público atue na efetivação, ainda que sob a figura do garante, dos direitos, partindo da noção de que o indivíduo, no que pertine à concreção de sua liberdade, depende da postura ativa dos poderes públicos.

Num exemplo, não haverá liberdade de convicção religiosa sem que o Estado garanta assistência religiosa aos militares em campanha ou aos cidadãos que cumprem pena de prisão pela prática de crimes, criando para isso um serviço de assistência religiosa para o qual contrate padres ou pastores. Esse exemplo, bem posto na análise de Erwin Chemerinsky<sup>221</sup> quando analisou a estrutura do direito fundamental a liberdade religiosa no qual se torna evidente a tensão entre a *establishment clause* e a *free exercise clause*, demonstra que se assegura a liberdade religiosa agindo em favor dela e não apenas se omitindo: “*For instance, if the government pays for and provides ministers for those in the armed services, it arguably is establishing religion; but if the government refuses to do so on these grounds, it arguably is denying free exercise of religion.*”<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.175, 176 e 195.

<sup>219</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Su génesis y su concepto. *Revista Derechos e Libertades*, del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 3, n.6, fev.1998, p.25.

<sup>220</sup> Mas que o presente estudo procurará demonstrar que a função de prestação é inerente a todos os direitos fundamentais, e não apenas aos direitos sociais.

<sup>221</sup> CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 3.ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p.1183.

<sup>222</sup> Tradução livre: “Se o governo paga e fornece ministros religiosos para os militares das forças armadas, isso certamente é estabelecer religião; porém, se o governo se negar a fazê-lo nessa situação, indiscutivelmente estará negando o livre exercício da religião”.

Assim, enquanto os direitos fundamentais na sua função de defesa ("status libertatis e status negativus") se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos fundamentais em sua função de prestação, podem ser reconduzidos ao "status positivus", eis que implicam postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material, como registra Gilmar Ferreira Mendes<sup>223</sup>.

Para ele, Gilmar Ferreira Mendes<sup>224</sup>, isso vale quer seja assegurando fática e materialmente o direito fundamental, quer seja conformando o direito à organização e ao procedimento – *recht auf Organization und auf Verfahren* –, estes considerados como os que reclamam tanto de providencias estatais com vistas à criação de órgãos, setores ou repartições, o direito à organização, quanto outras providencias de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de direitos ou garantias, tais como as processuais-constitucionais.

Quando no exercício da função prestacional os direitos fundamentais abrangem um feixe complexo e não singular de situações que variam de acordo com o objeto, o destinatário, e quanto à sua própria estrutura normativa.

Sendo assim, na perspectiva de seu objeto, José Carlos Viera de Andrade<sup>225</sup> afirma ser possível identificar direitos a prestações materiais e direitos a prestações jurídicas, sendo as primeiras consistentes na intervenção estatal capaz de prestar um serviço específico, como o de saúde ou de educação, e as segundas como um conjunto de normas ou regulamentações versando sobre direitos como os trabalhistas, ou ainda, valendo-se do exemplo de Robert Alexy<sup>226</sup>, o direito do nascituro à proteção dada pelo direito penal criminalizando o aborto.

Complementa a análise de Robert Alexy<sup>227</sup> a afirmação de que o direito às ações positivas pode ser dividido em ações nos mesmos dois grupos acima indicados, constatando tanto a existência tanto de uma ação fática, que denomina direitos à prestação em sentido estrito, quanto de uma ação normativa, ou direitos à prestação em sentido amplo.

Como se verifica, quanto ao objeto, o direito fundamental na sua função de direito à prestação abarca coisas diversas, variando desde a proteção do cidadão contra outro cidadão por normas

---

<sup>223</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>224</sup> *Idem*. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N.8, Jan.-Dez./2004, p.138-139.

<sup>225</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.168.

<sup>226</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.202.

<sup>227</sup> *Ibidem*.



de direito punitivo, passando pelo estabelecimento de normas organizacionais e de procedimento, até o alcance de prestação de bens ou serviços propriamente dita.

Deve-se, de logo, observar que os direitos fundamentais na sua função de direito a prestações não se restringem aos chamados direitos sociais, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, como enuncia Ingo Wolfgang Sarlet<sup>228</sup>.

Diante disso, numa analítica sistematização, Robert Alexy<sup>229</sup> divide os direitos a prestação em direitos a proteção, direitos a organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito, dedicando-se significativa parte de sua obra a detalhar e refinar a divisão.

Tal divisão levou Cristina Queiroz<sup>230</sup> a distinguir as funções de proteção, a da efetiva garantia da liberdade fática – que denomina direitos fundamentais sociais – e funções de organização e procedimento ganham relevo.

Apoiado na referida distinção, torna-se possível constatar com relativa clareza que a função de proteção radica no bem fundamental a proteger, seja de possíveis agressões perpetradas pelo próprio poder público, seja pelo assaques do particular.

A função de garantia da efetiva liberdade fática ou material importa, para ela, na garantia do mínimo existencial<sup>231</sup>, na fruição de direitos elementares tais como educação ou saúde.

Já a função de organização ou procedimento implica na ideia de processo ou procedimento que se apresentam como sistemas dirigidos a produção de resultados ou consequências jurídicas indispensáveis para garantir a realização eficaz, material, do direito fundamental. A organização e o procedimento devem ser vistos como meios diretos para a realização dos direitos fundamentais, “já que contribuirão, em grande medida, para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade”, como indica Cláudia Perotto Biagi<sup>232</sup>.

Nota-se que a estrutura e o conteúdo dessas funções são bem distintas, mas, como defende

---

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.90 *et seq.*

<sup>229</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.444.

<sup>230</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.49-50.

<sup>231</sup> E deve-se registrar, de logo, que não são poucos os que defendem que o conteúdo essencial dos direitos sociais radica na ideia do mínimo existencial. Confira-se, à propósito: TORRES, Ricardo Lobo. *A jusfundamentalidade dos direitos sociais. Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro, n.5, 2003.

<sup>232</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.49.

Robert Alexy<sup>233</sup>, convergem a um denominador comum que justifica seu agrupamento: “*todos ellos requieren una acción positiva*” por parte do Estado.

Pela proximidade da Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 1988, com a Constituição Portuguesa, importa registrar a classificação elaborada por J.J Gomes Canotilho<sup>234</sup>, para quem existem a função de prestação dos direitos fundamentais se associa a três núcleos problemáticos, quais sejam, o direitos sociais originários; os direitos sociais derivados da implementação normativa concretizadora das feições positivas; e, os direitos a políticas sociais ativas condutoras do desenvolvimento de políticas públicas efetivas.

É assim que J.J Gomes Canotilho<sup>235</sup> analisa a problemática dos direitos na sua função de prestação, classificando-os em: (a) direitos derivados a prestação – *derivative Teilhaberechte* – traduzido no direito dos indivíduos a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas, ainda que pela lei. São os direitos de igual acesso às instituições públicas responsáveis pelos serviços sociais aditado pelo direito de igual quota-parte na efetiva prestação; e (b) em direitos originários a prestações – *originäre Teilhaberechte* -, definidos como direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferecimento destes bens e/ou serviços por parte do Estado. É aqui que se verifica a possibilidade que tem os indivíduos de exigir a prestação que deseja fruir diretamente, razão porque podem ser identificados sempre que “(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”<sup>236</sup>.

Acrescente-se, por oportuno, a percepção de que os direitos fundamentais na função de participação seriam, para José Carlos Viera de Andrade<sup>237</sup>, um misto de defesa e prestação, na medida em que importam ao mesmo tempo no direito de participar da formação da vontade coletiva e na possibilidade de exigência de tratamento igualitário no que pertine aos serviços e bens já organizados.

---

<sup>233</sup> ALEXY, Robert. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (Org.). *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.50.

<sup>234</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.384.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p.447-449.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p.447.

<sup>237</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.168.

Os direitos fundamentais como direitos a prestações apresentam múltiplas perspectivas de realização, não podendo se confundir essa função com o próprio direito social, dado que este inequivocamente possui tal função, mas não com exclusividade.

Dentro desse quadro, deve-se esclarecer que o presente estudo é uma tentativa de sistematizar o conteúdo essencial da função de prestação dos direitos fundamentais sociais, assim considerados aqueles que reclamam prestação fática ou, na terminologia de Robert Alexy<sup>238</sup>, os direitos a prestação em sentido estrito, que são aqueles do indivíduo em face do Estado, garantidos de forma expressa<sup>239</sup> na Constituição Brasileira de 1988.

### *2.1.3.2.3 Percepções acerca da classificação funcional*

A classificação funcional dos direitos fundamentais, tal como apresentada, reclama reflexão aprofundada, quer pela importância da análise, quer para que se possam apresentar reflexões críticas que permitam demonstrar a existência de uma dimensão prestacional tanto nos direitos de liberdade, quanto nos direitos sociais.

Na realidade, atrás da classificação desenvolvida por Jellinek e da doutrina evolutiva a teoria dos *status* encontra-se uma relação entre duas esferas evidentemente lógicas, porque na substância o que se observa é a distinção entre direitos que possam implicar um agir e outros que permitem ou obrigam omissões.

Deve-se assinalar, ainda, que a teoria de Jellinek concebe os direitos fundamentais dentro de um quadro exclusivamente subjetivo, eis que talhada sobre o paradigma reinante do Estado Liberal.

De um lado, marca-se a atividade do indivíduo ou estatal que agem, respectivamente, diante de normas permissivas ou no cumprimento de mandamentos ou de normas de obrigações de ação. Do outro lado, no passivo, repousa os deveres de abstenções que impõem proibições de intervenção estatal, valendo-se os indivíduos dos direitos de resistência, quando possível ou proibindo-os quando não possuir direito fundamental a tanto.

Em síntese, da análise classificatória, verifica-se que os direitos fundamentais sociais possuem tanto uma função de defesa, na medida em que estabelecem posições concernentes à proteção

---

<sup>238</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.499.

<sup>239</sup> Ficando aqui a ressalva quanto aos direitos a prestação atribuídos por meio de interpretação.

do indivíduo em face da ingerência do estado ou do particular, mas, principalmente para o presente estudo, funcionam como direitos a prestação em sentido estrito, exigindo prestações materiais e demandando ação estatal.

Deve-se observar, todavia, que também os direitos de liberdade demandam, ao lado da dimensão negativa, uma dimensão positiva consistente no enorme conjunto de medidas indispensáveis a garantia desse próprio direito. Tal aspecto será tratado a seguir, no desenvolvimento da presente pesquisa.

### 2.1.3.3 Função Social dos Direitos Fundamentais

Além das funções de defesa, participação e prestação, Peter Häberle<sup>240</sup> acrescenta à análise dos direitos fundamentais a denominada função social como um elemento essencial para o direito e especialmente para os direitos fundamentais.

Indiscutivelmente a ordem jurídica neoconstitucionalista confere aos direitos fundamentais uma posição privilegiada em razão do seu forte significado político e da sua funcionalidade social que conforma a convivência política mantendo em constante tensão dialética o direito e o poder.

Fortemente influenciado pelas ideias de sistema de Niklas Luhmann e de Marcelo Neves<sup>241</sup>, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz<sup>242</sup> lança olhar sobre a comunicação entre os dois sistemas autopoieticos, o político e o jurídico, – admitindo a abertura cognitiva de um sistema ao outro mas recusando qualquer forma de alopoiese, ou de contaminação intrassistêmica – afirmando que o sistema político oferece ao sistema jurídico premissas de decisão enquanto o jurídico proporciona ao político “o instrumental necessário ao exercício do poder”.

Daí porque Konrad Hesse<sup>243</sup> destaca o fundamental papel dos Tribunais Constitucionais que possuem, dentre outras missões, a relevante competência de proteção dos direitos fundamentais, onde quer que eles se vejam ameaçados ou afetados.

---

<sup>240</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.11-14.

<sup>241</sup> Cujo pensamento pode ser conferido em NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>242</sup> DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Direitos Fundamentais e Retórica Política. *Revista Pensar*. Fortaleza, v.4, N.4, Jan./ 1996, p.181.

<sup>243</sup> HESSE, Konrad. Constitucionalidad, Derecho Común y Jurisdicción Ordinária. In: PINA, Antonio López (Org.). *Division de Poderes y Interpretación: Hacia una Teoria de la praxis Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p.128.

Ao falar da função social dos direitos fundamentais, Peter Häberle<sup>244</sup> afirma que ela promove oposição a uma visão personalista e individualista dos direitos fundamentais, imantando todos eles com uma missão de satisfação dos interesses da coletividade.

A função social visa a coibir as deformações de ordem jurídica ocasionadas pelo uso intensamente individual do direito, impedindo que o detentor do direito fundamental se encaسته numa posição que o isole da comunidade. A fruição dos direitos fundamentais também<sup>245</sup> deve estar condicionada ao bem-estar coletivo.

Ao analisar a teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais, J.J. Gomes Canotilho<sup>246</sup> analisa as diversas consequências de sua adoção, realçando que por ela os direitos são concedidos aos cidadãos para que possam ser exercidos como membros de uma comunidade, e em razão do interesse coletivo, eis que a liberdade assegurada é um meio de persecução do processo democrático. Possuindo esse condicionamento funcional, justifica-se ser o direito, ao mesmo tempo, um dever, permitido aos poderes públicos o exercício da intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais, complementa.

Não se pode, outrossim, sustentar que da funcionalização decorre a preponderância dos interesses da sociedade sobre a noção de liberdade e autonomia moral do indivíduo, à ponto de legitimar totalitarismo de toda ordem, em nome do interesse coletivo, numa postura organicista e antiliberal<sup>247</sup>.

Os direitos fundamentais devem ser vistos, ao mesmo tempo, na perspectiva individual mas também no compromisso que possuem de realizar as chamadas tarefas sociais, levando ao gênese daquilo que atualmente se denomina abuso de direito que deve ser entendido como a possibilidade de, em casos específicos, o direito fundamental poder ser contido. Segundo os autores, o núcleo fundamental da problemática do abuso de direito consiste em que o uso de permissões legais pelo titular do direito pode, em certas situações, estar fora dos limites dos princípios que justificam essas mesmas permissões.

---

<sup>244</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.11.

<sup>245</sup> Mas não exclusivamente.

<sup>246</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1306.

<sup>247</sup> Nesse sentido, Daniel Sarmiento defende que a teoria funcionalista dos direitos fundamentais não pode ser utilizada indiscriminadamente, não dissolver a ideia de liberdade. Para ele não seria concebível, por exemplo, funcionalizar a liberdade de expressão em prol de interesse da coletividade, para não impedir a livre manifestação, à pretexto de conservar preceitos como o de bons costumes, admitindo, todavia, a ampla funcionalização dos direitos de caráter patrimonial. (SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, Nota de rodapé número 8, p.256).

Pela compreensão da função social combate-se a chamada *usage antifonctionnel de droit*, já que o conteúdo do direito é determinado, também, por meio de sua função ético-jurídica e social, como anota Peter Häberle<sup>248</sup> para quem, como consequência, um exercício de direito contrário a função social não está coberto pelo conteúdo do próprio direito considerado.

Do reconhecimento a função social dos direitos fundamentais decorrerá duas relevantes consequências ao tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O primeiro consistente na determinação do chamado limite imanente dos direitos subjetivos, cuja análise será desenvolvida no capítulo seguinte. O segundo diz respeito à vinculação material do legislador no âmbito dos direitos fundamentais que impõe um limite, que é o mesmo do indivíduo, por meio dos direitos fundamentais, assegurar o chamado funcionamento global da sociedade.

Exatamente por isso não pode haver supremacia do interesse individual, nem do coletivo, mas uma necessária relação de complementariedade, como constata Óscar Rodríguez Olvera<sup>249</sup> ao defender o caráter ambivalente dos direitos fundamentais sociais.

A função social indicando que a sua concepção não pode ser conquistada a custo do sacrifício individual, já que os direitos fundamentais não são assegurados apenas para o atendimento do fim coletivo, mas também para garantir o desenvolvimento pessoal e individual de todos os setores do desenvolvimento da personalidade individual. Exatamente por isso arremata Peter Häberle<sup>250</sup> que “*todo ejercicio de um derecho fundamental es, em un sentido específico, una actividad social*”.

Pelo exposto, fica evidente que a abordagem acerca da função social dos direitos fundamentais reclama o estudo das dimensões objetiva e subjetiva deles, o que se tentará fazer no desenvolvimento do conteúdo do próximo tópico.

#### **2.1.4 As dimensões objetiva e subjetiva dos Direitos Fundamentais**

Reiteradamente o estudo dos direitos fundamentais ocupa-se de análise que toma em conta uma sua dupla dimensão, ou uma dupla natureza, ou um duplo caráter, quais sejam, a objetiva

---

<sup>248</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.12.

<sup>249</sup> OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los Derechos Sociales em La Constitución Abierta*. Granada: Comares, 1998, p.258-259.

<sup>250</sup> HÄBERLE, Peter. *Op.cit.*, 2003, p.14.

ou a subjetiva.

É certo que os direitos fundamentais possuem um duplo conteúdo jurídico-constitucional, representando, por um lado, uma dimensão individual, garantidora dos direitos subjetivos de um particular indivíduo, por meio dos quais se fixa que os titulares dos direitos fundamentais são os indivíduos particulares. Do outro lado está caracterizada a dimensão institucional, regulamentado e moldado de acordo com critérios de liberdade que, devido a sua significação jurídico-institucional, não comporta o simples fechamento da liberdade individual, nem a simples relação unidimensional indivíduo-estado, mas a importância destes para o todo social.

A título de alerta cumpre esclarecer que a não é correto o relacionamento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais a função de defesa, assim como não se pode associar o aspecto objetivo à função constitutiva dos direitos fundamentais, já que, como explica Jorge Reis Novais,

a associação dos dois temas – dimensão subjetiva ou objetiva dos direitos fundamentais e funções dos direitos fundamentais – não deve fazer concluir por uma enganadora, mas comum, identificação entre o lado jurídico-subjetivo dos direitos fundamentais e a sua função de defesa, com a conseqüente identificação entre lado jurídico-objetivo e função constitutiva dos direitos fundamentais. Por um lado, a função de defesa que decorre da existência de direitos do indivíduo contra o Estado – associada, portanto, ao lado subjetivo – tem simultaneamente um conteúdo objetivo, já que a partir dela se constitui, reflexamente, uma esfera de autonomia da sociedade relativamente ao Estado.<sup>251</sup>

Exatamente por isso, pode-se observar que o estabelecimento dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que atribuem direitos subjetivos ao particular, reforçam simultaneamente o conjunto de normas negativas de competência do Estado, eis que proíbem objetivamente – ou só permitem ação sob certas condições – uma intervenção do Estado nos espaços por eles protegidos.

Nas palavras de Ernst-Wolfgang Böckenförde<sup>252</sup>, a concepção atual dos direitos fundamentais possui uma dupla qualificação desses direitos, pois os direitos fundamentais podem ser concebidos como direitos subjetivos de liberdade – dirigidos em face do Estado – e, também, como normas objetivas.

Reconhecer uma dupla dimensão aos direitos fundamentais implica considerar que eles se apresentam como direitos subjetivos individuais essenciais à proteção da pessoa humana, e, também, como expressão de valores objetivos de atuação e compreensão do ordenamento

---

<sup>251</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.72-73.

<sup>252</sup> BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p.96.

jurídico, relacionados aos objetivos fundamentais da comunidade constitucionalmente organizada.

As dimensões objetiva e subjetiva merecem destaque, a partir das observações que abaixo se procurará desenvolver, sem contudo ter o propósito de esgotar a matéria, na medida em que possa aclarar, ao menos inicialmente, os significados.

#### 2.1.4.1 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Como assinala Virgílio Afonso da Silva<sup>253</sup>, na análise da dimensão objetiva, se analisa o direito fundamental como um todo, com base no significado desse direito para a vida social considerada a coletividade, significando dizer que a perspectiva parte da busca de uma eficácia do direito fundamental a partir do seu significado para todos os indivíduos, ou para boa parte deles.

Pela noção de dimensão objetiva, o direito fundamental deve possuir um valor e extensão para o todo social, porque deve ser protegido como verdadeira instituição em favor da coletividade, conjuntamente considerada.

Tomando-se essa constatação, Dimitri Dimoulis<sup>254</sup> define que nessa dimensão objetiva a percepção dos direitos fundamentais não levará em conta os titulares individuais, os chamados sujeitos de direito.

O enfoque objetivo não individualiza o direito fundamental, mas o compreende como valor de caráter objetivo, formador de uma unidade material que concebe os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva. Uma fundamentação objetiva de um direito fundamental tem em vista o seu significado para a coletividade, para a vida comunitária.

A doutrina aponta como paradigma jurisprudencial a decisão proferida pela Corte Federal Constitucional alemã em 1958 no caso Lüth<sup>255</sup>, onde ficou assentado que os direitos

---

<sup>253</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.185.

<sup>254</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.111.

<sup>255</sup> Trata-se de importante caso registrado na jurisprudência constitucional da Alemanha, no qual Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado, em face de ação da produtora e a distribuidora do filme que obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil Alemão - "Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a



fundamentais não se limitam a serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetivo da Constituição com eficácia em toda a ordem jurídica.

Lançando luzes sobre o propósito da compreensão objetiva dos direitos fundamentais, Antonio Enrique Perez Luño afirma que além de fornecer diretrizes para órgãos do Poder Público, os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva têm a função de “sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao direito”<sup>256</sup>. Nota-se, aqui, a imantação do conteúdo pela noção preservação de interesses de todos, e não de pessoas isoladamente.

Na fundamentação de J. J. Gomes Canotilho, para o caráter objetivo, deduz que os direitos fundamentais apresentam as seguintes características:

o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos através da realização dos quais se alcança uma eficácia óptima dos direitos e se confere um estatuto de protecção aos cidadãos [...] no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; [...] através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; [...] os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objectiva; [...] a transmutação dos direitos fundamentais em realização justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter uma eficácia óptima<sup>257</sup>.

O sentido objetivo evidencia que os direitos fundamentais não podem ser compreendidos apenas do ponto de vista dos indivíduos em seu relacionamento com o estado, para que ele se defenda de interferências não autorizadas, mas pressupõe um valor jurídico do ponto de vista da comunidade, considerada a partir dos objetivos comuns que almeja alcançar coletivamente. Pretende-se, com ela, promover a conformação social.

Ao analisar a teoria objetiva dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides<sup>258</sup> registra que o seu desenvolvimento ocorreu com o advento do chamado estado social, quando o direito publico alemão passou a analisar a garantia de valores e princípios com os quais se protegem as

---

outrem, está obrigado a reparar os danos causados". O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil

<sup>256</sup> Tradução livre do excelente LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.20.

<sup>257</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1303.

<sup>258</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.565.

instituições.

O nascimento da consciência de que tão importante quanto salvaguardar o sujeito individual, como bem traçara o caminhar da lógica liberal, fundada nos ideais de liberdade individual, era proteger uma realidade social muito mais rica que a circunstância individual de um sujeito insular, cujo único propósito é oferecer amplos lastros à sua individualidade, num culto do homem abstrato.

Torna-se necessário reconduzir o ser ao encontro de sua totalidade como uma forma de juntar os pedaços a que o homem é reduzido pelo mergulho na monotonia e na indiferenciação da vida cotidiana, possibilitando a ele livrar-se de suas pequenas idiossincrasias e chegar a uma dimensão mais profunda de sua situação como componente de uma sociedade mais ampla.

A perspectiva objetiva, portanto, percebe um conteúdo de garantias institucionais nos direitos fundamentais que não se resumem apenas aos direitos de liberdade, mas na preservação das instituições próprias que asseguram a própria dimensão subjetiva.

Enquanto os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram percebidos como um modo de identificação das pretensões do indivíduo em face do Estado, aqui se desvela uma nova virtualidade de consagração dos valores mais importantes da comunidade política, como anotara Daniel Sarmento<sup>259</sup>.

Remonta a Carl Schmitt<sup>260</sup> a defesa a proteção constitucional das instituições de direito público e dos institutos (de direito privado), visando à conservação da obra coletiva, mas, atribui-se a Rudolf Smend<sup>261</sup> uma análise mais profunda dos direitos fundamentais tendo como ponto de partida a conhecida teoria da integração.

Na sua clássica obra Rudolf Smend<sup>262</sup>, criticando a visão positivista de Kelsen, sustenta que para uma Constituição permanecer viva, tem que promover a unidade do solo e as decisões tomadas com base em suas normas não de ter um componente que aglutine a maioria dos cidadãos. Para ele, perseguindo tal fito, a Constituição é dotada de alto potencial de modificação, em face do seu caráter de norma jurídica integradora do sistema jurídico constitucional ao tempo e às circunstâncias.

---

<sup>259</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.253.

<sup>260</sup> SCHMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. Tradução de Antonio Carraciolo. Milano: Giuffrè, 1984, p.228-230.

<sup>261</sup> SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Madri: Aguilar, 1970.

<sup>262</sup> SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Madri: Aguilar, 1970, p.59 *et seq.*

Daniel Sarmiento<sup>263</sup> anota que a defesa de Rudolf Smend era a de que a Constituição possui como função essencial a promoção da integração na comunidade, o que somente é possível pela preservação de valores socialmente compartilhados.

Logo, o Estado, na visão de Smend, existe e se desenvolve em um processo de constante renovação, denominada por ele de “integração”, revelador de um nítido caráter espiritual do Estado do qual decorre a necessidade de um sentir constitucional como modo de integração política, sendo que essa ocorre de diversas formas: pessoal, funcional ou material. Nesta última, configurada pelos conteúdos substantivos necessários para a integração do Estado, é que se encontram os direitos fundamentais.

Além do mérito de introduzir uma nova visão dos direitos fundamentais, afastando-o da mera aplicação do princípio da legalidade em relação à atuação da coisa pública, Rudolf Smend defende que os direitos fundamentais deveriam ser estudados como parte do critério material que validam a Constituição, na medida em que nela repousa um sistema de valores sobre o qual assenta-se a unidade da ordem jurídica.

Peter Häberle<sup>264</sup>, por seu turno, fortemente influenciado nas lições desenvolvidas por Maurice Hauriou e Kaufmann, defende a teoria institucional dos direitos fundamentais, indicando que eles representam “*el común denominador a que se reducen los singulares âmbitos vitales y sectores del ordenamiento, com la consecuencia de que precisamente así la esencia del Derecho y la libertad se hacen transparentes em grado máximo*”<sup>265</sup>. Para a teoria institucional, a dimensão objetiva não pode ser desconectado da dimensão subjetiva.

O que se nota, na teoria defendida por Peter Häberle, é a tentativa de exprimir uma linha conciliatória entre os lados subjetivo-individual e objetivo-institucional dos direitos fundamentais, na medida em que os direitos fundamentais, de um lado, são individuais e garantem aos seus titulares determinados direitos subjetivos e, do outro, são caracterizados por uma dimensão institucional que implica a garantia jurídico-constitucional de âmbitos vitais, regulados e conformados com ajustes a critério da liberdade. O papel do legislador, conformador dos direitos fundamentais, é realçado na medida em que é por meio da norma que se oferece aos direitos fundamentais orientação e medida, segurança e proteção, conteúdo e

---

<sup>263</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.260-261.

<sup>264</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.76-82.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p.76.

tarefa<sup>266</sup>.

É exatamente nesse ponto que supera a visão unilateral de Carl Schmitt<sup>267</sup> para quem haveria necessário conflito e impossibilidade de convivência harmônica entre as duas dimensões.

Os direitos fundamentais, na visão institucional, admitem um espaço maior de conformação, já que o que se limita aqui já não é mais a atuação do Estado – como pretende a teoria liberal –, mas sim, o conteúdo de cada direito, conforme defende Peter Häberle<sup>268</sup>.

J.J. Gomes Canotilho<sup>269</sup> explica que a teoria institucional não procura uma ordem objetiva, jusnaturalística ou fenomenologicamente captada, mas sim um quadro definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais.

Essa dimensão valorativa ofertada pela noção objetivista dos direitos fundamentais sociais intenta restabelecer a comunicação entre o direito e a ética, de modo a preencher o conteúdo das disposições constitucionais a partir dos valores vigentes na sociedade, correspondentes às expectativas dos cidadãos quando da elaboração deste estatuto jurídico que lhe estrutura e direciona, a Constituição.

Constata-se, pois, que a teoria objetiva pretende privilegiar a noção de função social dos direitos fundamentais, afastando-os da noção meramente individualista, para compatibilizá-la com os influxos do Estado social. Essa aquisição fez com que a teoria dos status, de Jellinek, porque partia da perspectiva exclusivamente subjetiva, fosse cedendo espaço ao desenvolvimento de uma noção objetivista que, com sua formação, ultrapassa a perspectiva puramente individualista dos direitos fundamentais, associada a visão atomista da sociedade, vez que os direitos fundamentais se apresentam como pressupostos de uma vida humana livre tanto para o sujeito, como para a comunidade, como acentuara José Carlos Vieira de Andrade<sup>270</sup>, que complementa, de forma lapidar: “o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”.

Os direitos fundamentais não são apenas limites à ação estatal, mas verdadeiro norte de atuação das funções estatais, impondo o agir condicionado aos poderes legislativo, executivo

---

<sup>266</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.99.

<sup>267</sup> SCMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. Tradução de Antonio Carraciolo. Milano: Giuffrè, 1984, p.228-230.

<sup>268</sup> HÄBERLE, Peter. *Op.cit.*, 2003, p.115.

<sup>269</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1304.

<sup>270</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.108.

e judiciário, exatamente como salientara Perez Luño<sup>271</sup> ao analisar a passagem dos postulados que consubstanciaram o Estado Liberal para aqueles sobre os quais foram construídas as reflexões que resultaram na formação dos ideais do chamado Estado Social.

A partir de então, compete ao Estado na tarefa de proteger as liberdades individuais, assegurar as condições materiais institucionais capazes de assegurar o exercício efetivo das liberdades constitucionais, porque sem isto, a liberdade não passaria de um engodo retórico incapaz de atender aspirações legítimas das pessoas.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais conecta-se com a ideia de que os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida comunitária, já que se aspira a uma liberdade social, e não a liberdade anárquica, porque as necessidades da sociedade são relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais<sup>272</sup>, a justificar restrições aos direitos fundamentais, mas desde que respeitado o seu núcleo essencial.

Sendo assim, prenhe de sentido que se defenda a existência de uma obrigação de forjarem-se instâncias sociais diversas, destinadas ao exercício de políticas públicas e de instituições adequadas a conformar os desígnios sociais, sem as quais, “as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica”, nas palavras de Daniel Sarmento<sup>273</sup>.

Refletindo sobre o tema, André Ramos Tavares<sup>274</sup> assinala como consequências decorrentes da concepção objetiva dos direitos fundamentais, a sua “eficácia irradiante” e a “teoria dos deveres estatais de proteção”, sendo a que a primeira obriga que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais, enquanto que a teoria dos deveres estatais de proteção pressupõe o Estado como parceiro na realização dos direitos fundamentais incumbindo a ele a tarefa de promover proteção diuturna.

Nesse contexto, relevante aspecto da dimensão objetiva é conferir aos direitos fundamentais a compreensão de normas de competência negativa para o poder público, dado que ao indivíduo é assegurado uma liberdade de ação na qual a livre conformação estatal, particularmente regulatória, é objetivamente retirado do Estado, subtraído da competência dos órgãos estatais.

---

<sup>271</sup> Conforme sua lição, “los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”. (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.21).

<sup>272</sup> Recobre-se a noção de função social dos direitos fundamentais, visto nesse mesmo capítulo.

<sup>273</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.257.

<sup>274</sup> TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.434.

Um segundo aspecto dessa perspectiva é gerar um efeito de irradiação. Assim, as autoridades estatais devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos fundamentais, reclamando a interpretação conforme os direitos fundamentais<sup>275</sup>, condicionando a interpretação do ordenamento ou mesmo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como bem assinala Daniel Sarmento<sup>276</sup>.

Oferece, ainda, o ensejo a uma eficácia dirigente, criando para o Estado o dever de permanente concretizar e realizar o conteúdo dos direitos materiais, na medida em que o Estado existe para conduzir a sociedade ao bem comum, vinculando a ação futura do legislador e servindo de parâmetro à filtrar a ação pública.

Por fim, mais uma consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, gerar um dever de proteção do Estado, o qual deve atuar para defender os valores – mesmo que ainda não titularizados por um sujeito, ensejando um dever de proteção dos referidos direitos, donde se extrai a possibilidade de exigência de obrigações estatais de adoção de providências normativas, administrativas e materiais, necessárias a salvaguardar os indivíduos em suas necessidades. O Estado possui deveres ativos de ação, nessa dimensão, seja prestando diretamente os direitos, seja assegurando sua integridade na hipótese de desrespeito pelos particulares.

A partir desta perspectiva torna-se mais evidente a conclusão a que chegaram Cass Sunstein e Stephen Holmes<sup>277</sup> ao defenderem que todos os direitos fundamentais são positivos – ainda que não exclusivamente –, e têm um custo, dependendo da aplicação de recursos financeiros e econômicos para sua proteção ou implementação.

Comentando a lição de Robert Alexy, Daniel Sarmento<sup>278</sup> afirma que o reconhecimento dessa dimensão objetiva não elimina, mas antes reforça a dimensão subjetiva, levando José Carlos

---

<sup>275</sup> A função hermenêutica dos direitos fundamentais encontra registro valioso no pensamento de Walter Claudius Rothenburg, segundo a qual os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico. (ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n.30, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar./2000, p.153).

<sup>276</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.255.

<sup>277</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 1999.

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.256.

Vieira de Andrade<sup>279</sup> a pinçar o reforço de imperatividade dos direitos subjetivos pelo alargamento da influência normativa no ordenamento jurídico e na vida social.

A dimensão objetiva, como revelado, protege o direito fundamental com um valor da coletividade, admitindo, deve-se frisar, que se possa, no caso concreto, haver uma supressão dele para um indivíduo.

O risco de uma versão forte da teoria institucional, como adverte Paulo Bonavides<sup>280</sup>, seria o de subtrair com os argumentos do discurso institucional, os direitos fundamentais à ação limitativa do legislador ou que, em nome da instituição, a atividade de conformação legislativa possa se converter em limitação indevida dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva fundamenta restrições a direitos subjetivos individualista, já que a satisfação de um direito fundamental de um indivíduo poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Em consequência, o conteúdo e o alcance da normas de direitos fundamentais não poderão ser dimensionados exclusivamente a partir da perspectiva subjetiva do titular do direito, mas deverão ser ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos.

É com base nessa visão sectária, de existência apenas da dimensão objetiva, que se tem defendido a necessidade de conformação prévia dos direitos sociais para que possam ser exigidos. Esquecem, esses defensores, que à essa dimensão deve somar<sup>281</sup> – e não alternar com – a dimensão subjetiva que, nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade<sup>282</sup> é a dimensão principal, enquanto a outra deve ser reduzida a uma “pura dimensão objectiva, em que só têm lugar conteúdos normativos (as garantias ou deveres) a que não possam corresponder direitos individuais”.

Firme na advertência de Paulo Bonavides<sup>283</sup>, é que se impõe a complementação da dimensão objetiva – e jamais a substituição de uma dimensão pela outra – adicionando-lhe o necessário enfoque subjetivo.

---

<sup>279</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.109.

<sup>280</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.621.

<sup>281</sup> E sobre a necessidade de observação da dupla dimensão, Paulo Bonavides lembra que a originalidade da teoria de Peter Häberle consiste, exatamente, na compreensão de mútua dependência das duas dimensões, de forma conjugada e aproximadas (BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, 2003, p.622).

<sup>282</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2009, p.110.

<sup>283</sup> “Não há, portanto, como desmembrar dos direitos fundamentais a sua feição subjetiva do seu carácter objetivo, sendo que a primeira se insere na interioridade do segundo”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.622).

#### 2.1.4.2 Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva tem suscitado diversas controvérsias quanto ao seu significado. Aqui, nos limites desse estudo, não se almeja ingressar ou resolver o debate acerca do significado de uma dimensão subjetiva, mas apenas evidenciar ao quanto há de consenso na doutrina em relação ao caráter geral de um direito subjetivo, nos limites que possibilitem o aprofundamento da discussão em relação à problemática dos direitos fundamentais sociais, e seus limites essenciais.

A noção kelsiana<sup>284</sup> de direito subjetivo, por exemplo, revela-se segundo duas perspectivas bem marcadas, levando-se em conta ora o dever de outrem dentro de uma relação jurídica pela qual o sujeito que o titulariza reflete, ora pela proteção jurídica que o direito deve fornecer ao indivíduo que o possui, em caso de violação.

O pensamento de Hans Kelsen foi analisado por Luigi Ferrajoli<sup>285</sup> tomando-se em conta do desenvolvimento da noção de direito subjetivo e as suas correlatas garantias, defendendo que direito subjetivo seria uma expectativa a que corresponde uma obrigação, positiva, revelada na criação de uma obrigação positiva de prestação ou de expectativa negativa correspondente na obrigação negativa de não lesionar.

Assim, quando se trata de um direito fundamental como direito subjetivo, parte-se da noção dele com pressuposto autorizador que permite ao titular do direito exigir, mesmo judicialmente, o cumprimento da obrigação objeto da norma.

O reconhecimento de um direito subjetivo está viceralmente ligado à proteção de uma determinada possibilidade concreta – e não somente abstrata – conferida a alguém de poder exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos. A dimensão subjetiva foi cunhada sob inspiração de ideais libertários, tendo sido identificada, à primeira vista, com a possibilidade de sua exigibilidade.

Bem verdade que atualmente, a maior parte das análises teóricas feitas no Brasil, tem dado preferência para essa perspectiva, examinando os chamados direitos de liberdade. Entretanto, não se pode recusar a subjetivação dos chamados direitos de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, tendo em vista que a efetivação do compromisso social constitucional

---

<sup>284</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.150-154.

<sup>285</sup> FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.45.



somente será viável se estes forem observados também como verdadeiros direitos com dimensão subjetiva, capazes de obrigar os poderes públicos à realização das prestações positivas correspondentes ao seu objeto, como defende Luís Roberto Barroso<sup>286</sup>, ao reportar-se a teoria da efetividade constitucional, intensamente pautada no conceito de direito subjetivo.

É certo que apesar da fundamentalidade que une os direitos fundamentais sociais na Constituição, as normas que estabelecem referidos direitos possuem diferentes estruturas, em alguns casos prevendo prestações de cunho positivo por parte dos poderes públicos, em outros estabelecendo uma proteção de defesa do seu titular contra a interferência do Estado, sendo realçado por muitos pensadores que tais diferenças influenciam na sua justiciabilidade. A questão merece ser analisada com mais atenção e, por isso, será objeto de reflexões próprias, logo abaixo.

Embora não se pretenda construir uma definição precisa do conceito de direito subjetivo, o presente estudo se referirá ao núcleo subjetivo a partir das posições jurídicas individuais, tal como descrito por Wesley Newcomb Hohfeld<sup>287</sup>, cujo desenvolvimento teórico, por ser intensamente individualista, recebeu as merecidas críticas da doutrina.

Atento ao pensamento de Wesley Newcomb Hohfeld, Liborio L. Hierro<sup>288</sup> ocupou-se em registrar que a dimensão subjetiva dos direitos representaria a liberdade protegida de atuar ou uma pretensão protegida para exigir uma conduta alheia ou, ainda, uma imunidade que libera o indivíduo do cumprimento de uma potestade de outrem.

Clèmerson Merlin Clève<sup>289</sup> diseca a dimensão subjetiva, apresentando três possíveis funções que ela promove: a) a defesa do indivíduo em face das ingerências do poder público que, por qualquer modo, prejudique a fruição dos direitos fundamentais; b) a função de prestação, segundo a qual o titular pode demandar a realização do direito fundamental; e, c) a utilidade de não discriminação, segundo o qual se pode esperar igualdade na fruição de parcela dos direitos fundamentais.

No pensamento indicado, fica evidente o desdobramento da teoria dos status, na análise feita

---

<sup>286</sup> BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. *In*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.83.

<sup>287</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.

<sup>288</sup> HIERRO, Libório L. *¿Qué derechos tenemos? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.23, 2000, p.356.

<sup>289</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n.22, jul.-dez./ 2003, p.23.

por J.J. Canotilho Canotilho<sup>290</sup>, cuja sistematização o fez classificar os direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos a prestação e direitos de participação.

A dimensão subjetiva titulariza o sujeito isoladamente, reforçando-o frente a outros sujeitos, ainda que majoritários. A figura dos direitos subjetivos representa um poder ou uma faculdade que dispõe o indivíduo para alcançar a realização efetiva de interesses reconhecidos pela norma jurídica<sup>291</sup>.

Essa perspectiva representa o estatuto jurídico dos cidadãos, tendente a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana não somente frente ao Estado, mas também diante dos demais componentes do tecido social no qual ele se insere, como registra Pérez Luño<sup>292</sup>.

Para José Carlos Vieira de Andrade<sup>293</sup>, essa dimensão possui um duplo aspecto, sendo o primeiro, o funcional, na medida em que pressupõe a existência e almeja satisfazer interesses próprios dos titulares, enquanto o segundo, o estrutural, liga ao reconhecimento desse direito uma proteção intencional e efetiva. Com base nisso, sintetiza: “o direito subjetivo exprime a soberania jurídica (embora limitada) do indivíduo, quer garantindo-lhe certa liberdade de decisão, quer tornando efectiva a afirmação do <<poder de querer>> que lhe é atribuído”.

Aditado à dimensão objetiva<sup>294</sup>, a perspectiva subjetiva indica a necessidade de observância

---

<sup>290</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.383 *et seq.*

<sup>291</sup> Observo, todavia, que não se desconhece a fundamentação moral dos direitos fundamentais, nem as respeitáveis teorias que explicam os direitos fundamentais, ainda que não reconhecidos pela ordem jurídica. Todavia, como antes assinalado, para a estruturação desse estudo, a fim de torná-lo viável, admitiu-se a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, trabalhando-se apenas com aqueles que estão previstos na norma jurídica.

<sup>292</sup> LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.22.

<sup>293</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.112-113.

<sup>294</sup> Esse duplo caráter foi assinalado pelo Tribunal Constitucional Espanhol, em voto da lavra do magistrado Antonio Truyol Serra, STC número 21/1980, que assim sustentou a dupla dimensão: *Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.º1).*

*Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo 1.º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4.º) (RCL 1979\2421).*

*En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y*

do conteúdo do direito fundamental para um sujeito determinado, tendo em vista que é ele, e não a coletividade indeterminada, o sujeito desse direito fundamental.

Tal como assinalado, todavia, em relação à dimensão objetiva, não se pode levar às últimas consequências à dimensão subjetiva, sobretudo quando o exercício dela acaba por comprometer a própria ideia de direito, ou o próprio sistema de direitos fundamentais.

A dimensão objetiva, como revelado, protege o direito fundamental com um valor da coletividade, ainda que possa, no caso concreto, haver uma supressão dele para um indivíduo. Essa perspectiva, evidentemente, revela uma proteção menos ampla na medida em que admite, para casos particulares, a excessiva restringibilidade de um direito fundamental fruível por uma pessoa determinada.

A projeção dessa perspectiva subjetiva, dessa maneira, poderá afastar as restrições definitivas e sem volta, como a prisão perpétua ou a pena de morte, como forma de evitar a aniquilação de um direito individual.

As dimensões objetiva e subjetiva mantêm, como aponta Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>295</sup>, “relação de remissão e de complemento recíproco”.

A consequência, natural, é a geração de um novo desafio, que consiste não apenas o de defender a dimensão objetiva ou a subjetiva dos direitos fundamentais, mas o de conciliar essas duas dimensões, exigindo do jurista pós-moderno a manipulação de uma balança que já não tem só dois pratos, antes digitaliza em termos reais interesses múltiplos e múltiplos interesses.

## 2.2 FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

### 2.2.1 Considerações preliminares acerca dos direitos sociais

---

*democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autónoma del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuando el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.*

<sup>295</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.300.

Necessário informar que não se pretende nesse tópico traçar uma teoria geral dos direitos sociais, abordando os significativos aspectos de sua formação histórica ou mesmo seu conteúdo. Para tanto, muito já se escreveu, e de forma consistente. Também não se pretende justificar a sua necessidade ou os motivos de sua existência, nem mesmo esgotar quais são os previstos ou quais deveriam sê-los, com que conteúdo. Não é esse o propósito desse trabalho.

Pretende-se, tão somente, desanuviar alguns equívocos correntes acerca desses direitos fundamentais sociais tais como aquele que, de forma comum, afirma que os direitos sociais são apenas aqueles que impõem a obrigação estatal de agir, ou desconstruir a comum afirmação de que somente eles possuem custos, ainda que se admita a observação de Gregório Peces-Barba<sup>296</sup> a sustentar que os direitos sociais, nos quais primeiramente se observa a função de prestação, ou mesmo que os direitos sociais seriam direitos de formação histórica tardia.

No desenvolvimento do item anterior, ao tratar da função prestacional dos direitos fundamentais, demonstrou-se que “*todos ellos requieren una acción positiva*” como sintetizou Robert Alexy<sup>297</sup>.

Tal observação foi também registrada por Perez Luño<sup>298</sup> quando afirmou que categorização estaria superada em virtude da dinâmica econômico-social atual, pois o “exercício de qualquer direito fundamental exige uma política jurídica ativa (e na maior parte das vezes também econômica) por parte dos poderes públicos”.

Investigando a natureza jurídica dos direitos sociais, Cristina Queiroz<sup>299</sup> critica a divisão entre direitos que coloca os direitos sociais como os únicos que demandam ação positiva por parte do estado, na medida em que os clássicos direitos de defesa, mesmo a liberdade de expressão, requerem do Estado não apenas proibições de interferência, “mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”.

Exatamente por isso, muito se tem refletido acerca da teoria dos custos dos direitos na

---

<sup>296</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Su génesis y su concepto. *Revista Derechos e Libertades*, del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 3, n.6, fev.1998, p.25.

<sup>297</sup> ALEXY, Robert. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (Org.). *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.50.

<sup>298</sup> LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.33-34.

<sup>299</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.7.

doutrina constitucional<sup>300</sup>, merecendo destaque o trabalho dos professores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein que, com precisão, desconstruíram a distinção extremada entre direitos negativos e positivos, comprovando sua tese com ampla demonstração de valores gastos pelo governo dos Estados Unidos da América na proteção de direitos tidos como negativos.

Diante desse quadro, tal como observara Clèmerson Merlin Clève<sup>301</sup>, não há dificuldades em encontrar direitos de liberdade providos de dimensões positivas e direitos sociais integrados de dimensões negativas.

Victor Abramovich e Christian Courtis<sup>302</sup> ressaltam a dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais afirmando que eles não se esgotam em obrigações positivas, “*al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayam ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridad social – el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten*”.

Com isso, impõe-se opor temperamentos a dicotomia entre direitos de liberdade e os chamados direitos sociais, notadamente para a sustentação de que estes gozariam de um regime geral dos direitos fundamentais, mas não do regime específico dos direitos de liberdade ou que a estes resta assegurada a dimensão objetiva e não a subjetiva.

Logo, como divisara Cristina Queiroz<sup>303</sup> ao distinguir dentro das funções prestacionais as funções de proteção, de organização e procedimento, foca-se naquela da efetiva garantia da liberdade fática – que doravante resumiremos a chamar simplesmente de direitos fundamentais sociais ou, tão somente, direitos sociais.

Dentre os direitos sociais, esse estudo se ocupa de uma categoria em especial, dentre as três espécies indicadas na categorização apresentada por Gregório Peces-Barba<sup>304</sup>, os chamados direitos sociais chamados de incompletos, nos quais se reconhece a existência de um âmbito

---

<sup>300</sup> Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 1999; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; e GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>301</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: Winfried Jung. (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. Debates*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, v.20, p.216.

<sup>302</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.138.

<sup>303</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.49-50.

<sup>304</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.159-160.

de proteção e os possíveis beneficiários<sup>305</sup>, mas também se constata que não foram desenvolvidos em sua dimensão subjetiva, deixada a critério do legislador sua conformação, sem desobrigar, todavia, os demais operadores e aplicadores do direito.

Além desse direito, que é o alvo da presente investigação, aponta: (a) os direitos sociais que se encontra totalmente equiparados aos direitos de liberdade ou de participação política, que já estão completamente desenvolvidos, com financiamento total e com ampla justicialidade, como é o caso dos direitos cuja implementação já estaria bem resolvida no plano fático, como os direitos sociais à educação básica, na Espanha<sup>306</sup>; e (b) os direitos sociais que tem estrutura e organização similar aos direitos clássicos de liberdade e que, por isso, não possuem problemas de financiamento, como os direitos de liberdade sindical e o direito de greve.

Os direitos sociais incompletos, segundo Gregório Peces-Barba<sup>307</sup>, são direitos fundamentais que dependem da intermediação institucional do legislador, impondo o respeito aos poderes públicos, mas

*no se puede exigir su garantía y su reconocimiento por los tribunales si no existe ley que los desarrolle, pero los posibles beneficiarios están protegidos porque si es obligatorio su respeto por los tres poderes del Estado, que no podrán actuar contra ellos, que no podrán realizar políticas ni construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros*<sup>308</sup>.

Também Karl August Bettermann<sup>309</sup> reclama essa necessidade de intervenção legislativa, sem o que o direito não estaria protegido. Com isso, embora reconheçam a dimensão objetiva dos direitos sociais, anota existir firme óbice à concretização subjetiva.

Examinando essa dificuldade de realização, Luigi Ferrajoli<sup>310</sup> defende que do ponto de vista de ordem técnica nada autoriza distinguir a proteção dos direitos sociais dos direitos de liberdade. Segundo ele, nada impediria que se impusesse, por exemplo, aos orçamentos cotas

---

<sup>305</sup> Sobre os titulares dos direitos sociais no Brasil, registre-se a criteriosa exposição de Dimitri Dimoulis e Loenardo Martins (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009).

<sup>306</sup> Aqui no Brasil, embora a educação básica esteja garantida constitucionalmente, conforme artigo 208 da CF/88, ainda existem 680 mil crianças fora da escola, de acordo com o relatório *Situação da Infância e da Adolescência Brasileira 2009 – O Direito de Aprender: Potencializar Avanços e Reduzir Desigualdades*, uma análise sobre o direito de aprender no Brasil realizada a partir das estatísticas mais recentes relacionadas ao tema, pela UNICEF, em junho de 2010, disponível em < [http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_14931.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_14931.htm)>. Acesso em: 12 out. 2010.

<sup>307</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Op.cit.*, 2006, p.160.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p.160.

<sup>309</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1528.

<sup>310</sup> FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.51-52.

mínimas de gastos sociais ou uma renda mínima garantida a todos<sup>311</sup>. Do ponto de vista político, reconhece existir um debate conflituoso na medida em que a satisfação dos direitos sociais exige a distribuição de recursos, o que contraria a lógica do mercado. Por isso conclui: o verdadeiro obstáculo é político e não técnico.

Não se pode negar, todavia, que muitas normas de direitos fundamentais sociais correspondem, *prima facie*, a direitos a prestações positivas, dependente muito de uma postura ativa dos poderes públicos, como registra Ingo Sarlet<sup>312</sup>.

Ainda que se acolha tal dificuldade, dado que inegável a divergência abismal entre a norma e a realidade, nunca se pode perder de vista que existe um conteúdo mínimo, essencial, desse direito. Logo, os ventos neoliberais que influenciam a lógica do mercado atual deveriam quedar-se, ao menos, diante do conteúdo essencial dos direitos sociais, por representar o mínimo estabelecido e conquistado de defesa desses direitos fundamentais.

O objetivo que se pretende alcançar com esse tópico e que funda esse trabalho repousa na noção de que os direitos sociais são fundamentais e que embora o esforço de sua implementação se avulte na medida em que supõem uma devoção econômica intensa, num planeta onde os recursos são escassos, cabe a doutrina constitucional encontrar meios e modos de promover o avanço desse direito.

É preciso remover os obstáculos e promover as condições para que a liberdade fática e a igualdade possam ser reais e efetivas para todos. Antes pois, torna-se necessário investigar as teses histórica, normativa ou filosófica, e a teórica envolvendo os direitos sociais, com o objetivo de demonstrar distorções que, incorretamente, procuram sustentar a baixa eficácia deles.

### **2.2.1 Os direitos sociais e as distorções de sua tese histórica.**

Segundo a tese histórica, os direitos sociais seriam direitos de segunda geração, cronologicamente posteriores aos chamados direitos civis ou políticos. Segundo as leituras clássicas, os direitos sociais seriam direitos cujo reconhecimento teria ganhado vulto na

---

<sup>311</sup> No Brasil, existe em tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei do Senado, nº. 80 de 1991, apresentado pelo Senador Eduardo Suplicy, que estabelece uma renda mínima para os brasileiros de baixa renda.

<sup>312</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.205.

segunda metade do Século XX, após já compreendidos os direitos civis e políticos.

Essa percepção é graça de imprecisões e incorreção, servindo muito mais a justificar a baixa dedicação à implementação dos direitos sociais, que ao desenvolvimento teórico deles.

Gerardo Pisarello<sup>313</sup>, por exemplo, lembra que tanto na antiguidade quanto na Idade Média existiam diferentes mecanismos institucionais orientados a amenizar situações intensas de pobreza e assistência dos mais necessitados, citando como exemplo a garantia, na polis ateniense, de banheiros públicos, ou mesmo de leis que asseguravam uma quantidade mínima de alimentos aos necessitados na Roma republicana, constatando-se ainda na Inglaterra, a luta pelos direitos de participação, de reforma agrária e de assistência aos mais necessitados, dando azo, por exemplo, à edição da *Poor Law*.

Referida lei, editada na Inglaterra no ano de 1601, e também conhecida como *Elizabethan Poor Law*, depois emendada pelo *Poor Relief Act* de 1662, retirou da assistência aos pobres o caráter de caridade, determinando ao Estado a obrigação jurídica de amparar os necessitados, sendo, assim, uma das primeiras sistematizações das ideias inglesas acerca da responsabilidade do Estado de prover o bem estar dos seus cidadãos.

Referido ato normativo se assentava em quatro princípios básicos: a) a obrigação do socorro aos necessitados; b) a assistência pelo trabalho; c) a taxa cobrada para o socorro aos pobres (*poor tax*); e, d) a responsabilidade das paróquias pela assistência de socorros e de trabalho.

Salienta T.H. Marshall<sup>314</sup> que embora as normas jurídicas inglesas tivessem o mérito de estabelecer direitos de cunho notoriamente social, elas não intentavam transformar a ordem social, mas apenas preservar as condições existenciais daqueles que apresentassem alguma incapacidade para o desenvolvimento de atividades laborais.

Embora inicialmente de forte inspiração de ajuda aos pobres motivadas por caridade e pela discricionariedade estatal, aos poucos esses e outros benefícios foram sendo transformados em direitos subjetivos, dando espaço àquilo que Hartley Dean<sup>315</sup> chamou de juridificação do bem-estar social<sup>316</sup>. Devotado ao estudo do chamado Estado do Bem-Estar Social, o Welfare State, Hartley Dean tem importante pesquisa doutrinária<sup>317</sup>, com abordagens práticas, onde

---

<sup>313</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.20.

<sup>314</sup> MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and social class*. London: Pluto Press, 1992, p.14.

<sup>315</sup> DEAN, Hartley. The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance. In: KJONSTAD, Wilson (Org.). *Law, Power and Poverty*. Bergen: CROP Publications, 1995, p.3.

<sup>316</sup> A expressão originalmente utilizada é “juridification of welfare” e foi livremente traduzida.

<sup>317</sup> DEAN, Hartley. *Welfare rights and social policy*. Harlow: Prentice-Hall, 2002.



dedica ampla análise aos direitos sociais no plano histórico, comparativo e crítico.

Exatamente por essa razão, Christian Courtis<sup>318</sup> indica que o nascimento da história do estado social coincide com a história de transformação da sociedade, pelo reconhecimento jurídico dos direitos individuais sociais, como fizeram diversas constituições pelo mundo todo.

Pode-se exemplificar a assertiva com a Constituição Francesa de 1793 onde restavam postos direitos sociais à assistência e à instrução pública e, no Brasil, com a Constituição Brasileira de 1824 que previa um direito a instrução primária gratuita (art. 179, inc. XXXII) e, sob certo aspecto, um direito a assistência social, ao prever uma garantia dos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI), revelando, de tal sorte, uma certa preocupação com o social mesmo diante da plena fase do constitucionalismo liberal-burguês.

Desse modo, ainda que do ponto de vista formal os direitos sociais somente tenha adquirido uma presença generalizada no constitucionalismo do pós-guerra do Século XX, como observara Ingo Sarlet<sup>319</sup>, é possível demonstrar, historicamente, de forma mais completa que o desenvolvimento dos direitos sociais não é somente uma criação desse período, que indiscutivelmente teve o mérito de sistematizá-lo, mas não o de inventá-los como antídoto aos fracassos do liberalismo.

Dessa forma, como assevera Miguel Calmon Dantas<sup>320</sup>, é irrecusável a existência de antecedentes que revelam a existência de uma preocupação com a condição social do indivíduo antes mesmo da institucionalização formal ocorrida sob a inspiração do chamado constitucionalismo social.

Reduzir o reconhecimento dos direitos sociais a um momento tardio e posterior aos direitos civis, minimiza a complexa história de reivindicação dos mesmos, e serve apenas a contribuir para justificar a implementação e concretização mais lenta desses direitos, passando a sensação de que a eficácia social deles está condicionada ao processo de desenvolvimento ou de conformação que ainda será feita pelo legislador ou pelo administrador.

Essa defesa serve, verdadeiramente, para relegar a um segundo nível a multiplicidade de vias, escalas e sujeitos aptos a exigir o cumprimento dos direitos sociais, passando a incorreta

---

<sup>318</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.

<sup>319</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2003, p.15.

<sup>320</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.190.

impressão de um desenvolvimento harmônico dos direitos sociais, quando na verdade estes resultam de efetivas lutas pela erradicação de privilégios e pela transferência de poder entre os diversos atores do cenário social, como sustentam Gerardo Pisarello<sup>321</sup> e Luigi Ferrajoli<sup>322</sup>.

Esse argumento, mesmo incorreto, opera em favor da chamada baixa constitucionalidade<sup>323</sup> dos direitos sociais, na precisa rotulação formulada por Lenio Luiz Streck<sup>324</sup>, apta apenas a constituir de forma insidiosa artifícios ancorados em supostas necessidades de edição de normas legais, mas cuja serventia real é a de tornar ineficazes materialmente dos direitos fundamentais sócias.

Os direitos fundamentais sociais não podem continuar sendo considerados direitos de criação e desenvolvimento tardio ou por fazer, mas como direitos existentes e já postos à disposição dos titulares de direitos fundamentais. A demora em se implementarem os pressupostos de concretização dos direitos sociais decorre de fundamentos ideológicos e políticos e não uma consequência natural do curso do tempo.

### **2.2.3 Os direitos sociais e as distorções de sua tese filosófica-normativa.**

Basicamente sustenta-se que os direitos fundamentais sociais possuem posição subalterna, em termos axiológicos, em face dos chamados direitos civis, em razão de serem direitos vinculados de maneira mais estreita apenas com algumas pessoas, ao passo em que os demais interessariam a todos ou pela vinculação dos direitos civis à liberdade ao passo em que os direitos sociais consagrariam valor de igualdade.

Dessa forma, colocam-se os direitos de liberdade como opostos aos direitos sociais, na

---

<sup>321</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.34.

<sup>322</sup> FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.50-56.

<sup>323</sup> Esta a expressão cunhada por Lenio Streck para significar os pré-juízos que povoam a mente da maioria dos juristas, calcados em uma história que tem relegado o Direito Constitucional a um plano secundário. Diz ele: “Hermeneuticamente, esta ‘baixa constitucionalidade’ *estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito*, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito). Um dos fatores que colabo(r)aram para a pouca importância que se dá à Constituição deve-se ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os valores, direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, se transformava, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.215-220).

<sup>324</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, 2004, p.216-220.

medida em que se teria que optar por privilegiar os direitos civis, secundando os direitos de liberdade, ou os direitos sociais, relegando os preceitos asseguradores das liberdades a um segundo plano. A defesa do caráter de igualdade de todos os direitos fundamentais contribui para negar tal oposição entre os direitos civis e os sociais.

O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais sustentado por Luigi Ferrajoli<sup>325</sup> não hesitou em afirmar que a base de todos eles é a igualdade jurídica, sendo certo que a força da propalada igualdade jurídica depende da quantidade e qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais, e a extensão da igualdade dependendo do grau de democraticidade do ordenamento estatal. Ou seja: a extensão da igualdade é o que incluiu ou exclui pessoas da fruição dos direitos fundamentais.

Esse constatação levou Gerardo Pisarello<sup>326</sup> a concluir que *“todos los derechos civiles, políticos y sociales, pueden fundamentarse, em realidade, em la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, com ello, em su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad”*.

Não se nega que em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garantidor da realização da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, porque a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização, como afirmara Ingo Sarlet<sup>327</sup>.

Adicione-se ainda a observação – arrimados no pensamento de Jorge Miranda<sup>328</sup> - que por meio dos direitos fundamentais sociais se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, que apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma liberdade sem igualdade ou o seu oposto, uma igualdade desprovida de liberdade.

A própria noção de liberdade é problemática e pode encerrar distintos significados, como bem acentuara Paulo Bonavides<sup>329</sup> ao discorrer sobre a liberdade antiga e a liberdade moderna.

---

<sup>325</sup> FERRAJOLI, Luigi et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.21.

<sup>326</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.38.

<sup>327</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2003, p.18.

<sup>328</sup> MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (CDCCP)*, n.1, 1992, p.198 *et seq.*

<sup>329</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.139 *et seq.*

Assim, a liberdade pode ser compreendida tanto em sua dimensão negativa quanto na sua compleição positiva.

A liberdade negativa configuraria a esfera da imunidade caracterizada pela interferência arbitrária por parte do Estado ou de outros atores privados, ao tempo em que a liberdade positiva significa a possibilidade de definir os destinos de sua própria vida, sendo assistido de recursos que permitam uma vida livre da dominação alheia.

Tais dimensões da liberdade não se conflitam nem se contradizem, são complementares de um conceito total e efetivo de liberdade. Logo, os direitos sociais são, também, direitos de liberdade. Não uma liberdade individualista, mas antes uma liberdade ética e democrática, não mais como defenderam os revolucionários franceses, mas “acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade”, como indica a robusta observação de Paulo Bonavides<sup>330</sup>.

Dessa maneira, o gozo da liberdade fática e real, com satisfação dos direitos civis, somente pode ocorrer, de fato, pela comunhão das liberdades positivas e negativas, ou, com a real garantia dos conteúdos próprios dos direitos fundamentais sociais e dos civis.

Também não se pode perder de vista que os direitos fundamentais sociais não são apenas direitos de igualdade, mas também direitos fundados na dignidade da pessoa humana, que justificam não somente os direitos de liberdades, mas inclusive os sociais.

Se por um lado, a perspectiva atomista reivindicou a liberdade à noção da dignidade da pessoa humana apta a justificar a existência de direitos civis básicos como o direito a vida, a intimidade, a liberdade religiosa ou de expressão, por exemplo, não se pode deixar de defender que tais direitos dependem, visceralmente, do direito a um nível adequado de saúde, ou que o direito a intimidade pressuponha o acesso à moradia, ou o direito de informar-se e seu indissolúvel vínculo com a educação prévia de qualidade. Exatamente por isso Gerardo Pisarello<sup>331</sup> aponta que a desvinculação entre eles seria um equívoco.

De igual modo, ao analisar a dignidade da pessoa humana, um princípio constitucional que se apresenta como um pilar do conhecimento jurídico, fazendo uma releitura da fundamentalidade jurídica desta como caminho para o direito justo, Ricardo Maurício Freire

---

<sup>330</sup> *Ibidem*, p.62.

<sup>331</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.40.

Soares<sup>332</sup>, sustenta que diante da atual fase do neoconstitucionalismo, não “se revela consistente qualquer tentativa reducionista de afastar os direitos sociais da categoria dos direitos fundamentais, subtraindo sua plena aplicabilidade e prejudicando assim o efetivo exercício da cidadania”. Conclui o pensamento, pregando o afastamento da ideia de que os direitos sociais estariam destituídos de prevalência axiológica no sistema jurídico brasileiro.

O neoconstitucionalismo, como movimento tendente à concretização dos direitos fundamentais, não pode olvidar de atribuir a plena fundamentalidade axiológica destes, não mais admitindo sejam estes direitos sociais dotados de menor grau de importância que os direitos civis. Deriva do neoconstitucionalismo a introdução na liberdade da identidade do direito com a justiça, reaproximando a moral do direito.

Também defendendo a fundamentalidade dos direitos sociais, registre-se o pensamento de Ingo Sarlet<sup>333</sup>, para quem o enfraquecimento dos direitos sociais atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos, bastando verificar que a acentuação dos índices indicadores de exclusão social, somado à crescente marginalização dos indivíduos, promove o aumento da criminalidade e da violência nas relações sociais em geral, acarretando, conseqüentemente, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, à vida, à integridade corporal, à intimidade, entre outros bens jurídicos fundamentais.

Essa observação levou Ricardo Maurício Freire Soares<sup>334</sup> a concluir que os direitos fundamentais sociais substancializam a liberdade e a igualdade dos cidadãos, objetivando a proteção da pessoa humana diante de necessidades de ordem material, com vistas à garantia de uma existência digna, oportunizando a “oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações socioeconômicas, sem a qual não se realiza o direito justo”.

As duas categorias de direitos fundamentais são estreitamente ligadas ao exercício tanto dos fins libertários quanto dos fins sociais de emancipação da cidadania efetiva, constituindo-se o fundamento imediato das razões de respeito à legitimidade constitucional, renovada pela inspiração neoconstitucionalista.

Por tudo o que se disse, pode-se observar que inexistente uma verdadeira contradição entre os direitos fundamentais sociais e os civis, mas uma tensão entre os direitos generalizados e

---

<sup>332</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.153.

<sup>333</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.8.

<sup>334</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op.cit.*, 2010, p.155.

aqueles patrimoniais, de representação seletiva e tendencialmente excludente. O obstáculo é ideológico e político, marcado por uma opção do neoliberalismo capitalista que se assenta na acumulação e concentração da riqueza, com a correspondente diminuição da atuação estatal em prol dos direitos sociais, mas com sua maximização coativa que aponte para a garantia dessa lógica acumulativa.

A ampliação dos direitos sociais encontra seu verdadeiro óbice: o poder econômico capitalista contrário a ideia de ampliação igualitária da liberdade, porque assentada na fraternidade e solidariedade que as classes vulneráveis reclamam.

Esse ponto de vista, defendido por Gerardo Pisarello<sup>335</sup>, reforça os direitos exclusivos, não os inclusivos, porque satisfazem uma lógica de mercantilização das diversas esferas da vida, nada justificando uma hierarquia axiológica entre os direitos fundamentais, que possam defender uma proteção diferenciada.

#### **2.2.4 Os direitos sociais e as distorções de sua tese estrutural.**

Ainda que superadas as distinções quanto à dimensão axiológica e a justificação filosófica, afirma-se que os direitos fundamentais sociais possuem estrutura que define uma possibilidade de proteção distinta daquela que se verifica nos direitos civis e políticos.

A distorção consiste em afirmar que os civis são negativos, não onerosos e de fácil proteção enquanto os sociais seriam direitos positivos, custosos, e, conseqüentemente, condicionada sua realização as possibilidades fáticas e econômicas. Tal posição é reforçada pela indeterminabilidade e vagueza dos direitos sociais que não deixam suficientemente claro nem qual a conduta que obrigam nem quem são os sujeitos obrigados. Finalmente, por considerarem direitos de dimensão coletiva, não seriam suscetíveis de certas formas de tutela jurisdicional.

Alguma das objeções, de algum modo, parecem não resistir aos argumentos axiológicos, históricos ou filosóficos já formuladas nos parágrafos precedentes, e, na realidade, representa muito mais um desafeto genético – a expressão é de Gerardo Pisarello<sup>336</sup> – que se deseja atribuir

---

<sup>335</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.54-57.

<sup>336</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.59.

de maneira exclusiva aos direitos sociais.

A suposta indeterminabilidade e vagueza não é monopólio dos direitos sociais, afinal no direito de liberdade de expressão de seu pensamento também reside uma zona de penumbra onde cabe ao intérprete alcançar o seu conteúdo. Compete a atividade legislativa, jurisdicional e mesmo a doutrina se dedicar em elucidar o alcance de cada expressão dessas, afinal, como lembra Karl Engisch<sup>337</sup>, “os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito”.

Como se disse, todos os direitos são caros e reclamam a destinação de recursos financeiros, não sendo defensável objetá-los apenas com relação aos direitos sociais, senão com argumentos políticos e da ideologia econômica neoliberal.

É nessa quadra fictícia, frágil e estéril que se semeiam as teses da reserva do possível ou do orçamentariamente possível, bem como os desenvolvimentos teóricos que definiram a programaticidade das normas constitucionais, no Brasil posta na obra de José Afonso da Silva<sup>338</sup> que, inspirado nas ideias de Vezio Crisafulli<sup>339</sup>, propôs uma classificação tricotômica acerca da eficácia das normas constitucionais, marcada pela seguinte distinção: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem ainda em: normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático.

Estas últimas – as normas de princípio programático – seriam aquelas que veiculam políticas públicas ou programas de governo, que apontam para a realização dos fins sociais do Estado, como, por exemplo, a saúde e educação, previstas nos artigos 196 e 205 da Constituição Federal de 1988.

Assentado nessa premissa, Gregório Peces-Barba<sup>340</sup> afirma que as normas de direitos sociais – aquelas que exigem a prestação mais intensamente – somente com a intervenção institucional do legislador poderiam ser judicialmente protegidas, já que normas de segundo grau cujo conteúdo vincula o poder público ao desenvolvimento delas, mas não à sua realização sem se observarem os parâmetros fixados nos instrumentos legislativos pertinentes. Afirma categoricamente:

---

<sup>337</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.173.

<sup>338</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

<sup>339</sup> CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. v.I. 2.ed. Padova: CEDAM, 1970.

<sup>340</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.160.

*no se puede exigir su garantía y su reconocimiento por los tribunales so no existe ley que los desarrolle, pero los posibles beneficiarios están protegidos porque si es obligatorio su respeto por los tres poderes del Estado, que no podrán actuar contra ellos, que no podrán realizar políticas ni construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros.*

É evidente que muitas normas de direitos fundamentais sociais correspondem, *prima facie*, a direitos a prestações positivas ou, na definição de Ingo Sarlet, os direitos a prestações impõem ao Estado a incumbência de por à disposição dos indivíduos os meios materiais e desenvolver as condições fáticas que possibilitem o real e efetivo exercício das liberdades fundamentais, sendo indiscutível que os direitos fundamentais a prestações objetivam, também, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas ainda da liberdade por meio do Estado. É por isso que se exige uma postura ativa do Estado.

Não se desconhecem os problemas decorrentes da aplicação imediata das normas programáticas, tais como o desconforto conflito entre os poderes<sup>341</sup>; a possível destinação de recursos que poderiam ser desfrutados pela coletividade a um interesse individual de alguém<sup>342</sup>; a existência dos limites materiais, avultados pela escassez de recursos. Entretanto, não se pode deixar de lado que a negativa da eficácia não resiste ao postulado hermenêutico da máxima efetividade<sup>343</sup> dos direitos fundamentais da Constituição, pois todas as normas constitucionais podem ser diretamente aplicadas pela via jurisdicional. Toda norma constitucional é provida de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade, única forma de garantir a realização plena da constituição.

É isso que permeia o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>344</sup> quando asseverou que “aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível”, não se conformando com as naturais dificuldades que a vida social impõe, mas tendo-as como obstáculos que precisam ser

---

<sup>341</sup> Isso porque, considerados os direitos sociais como dependentes de desenvolvimento Legislativo, não poderia o Executivo administrar sem prévia autorização orçamentária que reservasse recursos àquela atuação, nem o Judiciário substituir a ação legislativa em definir prioridades de atuação estatal, sobretudo porque este – o Judiciário – realiza microjustiça, e, num conflito específico, não tem a exata noção da macrojustiça, como ensinara Rawls.

<sup>342</sup> Nesse sentido, verifique-se a relevante posição de Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: < <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2009).

<sup>343</sup> À esse propósito confira-se: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr Editora, 1999 e BARROSO, Luís Roberto. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>344</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.285.



superados<sup>345</sup>.

A norma definidora de direito social não representa mera recomendação moral “com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável”, como pontua Andreas Joachim Krell<sup>346</sup>.

Essa percepção inspira o pensamento de Dirley da Cunha Júnior<sup>347</sup>, para quem, partindo-se da constatação de que a Constituição vincula tanto os órgãos estatais com os cidadãos, não podem mais subsistir dúvidas quanto à natureza jurídica e imperativa das normas de eficácia limitada, como as ditas normas programáticas, sendo as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais, havidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A consideração de que os direitos sociais prestacionais representam objetivos políticos, a serem futuramente implementados, não se compatibiliza com o neocons-titucionalismo, como movimento tendente exatamente a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, no seu desiderato de reafirmar o caráter normativo vinculante da constituição.

O estabelecimento constitucional dos direitos sociais não pode ser considerado como meras normas dirigidas ao legislador, que devem trabalhar no sentido de concretizar, mas são nítidos direitos subjetivos, capazes de definir claras consequências jurídicas ao seu descumprimento.

Acrescente-se que o próprio Robert Alexy, em quem muitos se apóiam para afirmar que esses direitos sociais dependem da ação anterior do legislador em distribuir recursos, afasta essas objeções afirmando que o argumento da coletividade não pode afetar a proteção dos direitos subjetivos<sup>348</sup> e a chamada reserva do possível estaria apta a justificar o direito subjetivo *prima facie* vinculante, resalvando o direito subjetivo definitivo vinculante, ligado à ideia do mínimo existencial<sup>349</sup>.

---

<sup>345</sup> Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “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 artigo 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se 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 de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua formalidade formal no âmbito da Constituição”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op.cit.*, 2007, p.285).

<sup>346</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p.20.

<sup>347</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.101.

<sup>348</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.498.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p.502.

Andreas Joachim Krell<sup>350</sup> revela que, ainda que majoritário o pensamento alemão acerca da atribuição exclusiva ao legislativo do papel de conformação dos direitos fundamentais sociais, até os mais conservadores aceitam e defendem a intervenção do Estado Social para garantir a existência física da pessoa, ou, “o mínimo social”. A garantia do padrão mínimo social para sobrevivência não pode ser desconsiderada.

Para Ricardo Lobo Torres<sup>351</sup> o mínimo social está ligado com o *status positivus libertatis* (Jellinek) entendendo-o como condição necessária à realização da liberdade, apontando que embora não resolva o problema dos direitos sociais, fortalece sua dimensão essencial como expressão de uma cidadania reivindicatória. Seu pensamento deve ser complementado com o *status negativus* do mínimo existencial que, segundo pensa, impede a tributação dos direitos sociais mínimos<sup>352</sup>.

Nunca se perca de vista que os direitos sociais embora possuam uma dimensão coletiva, a reclamar uma atuação genérica e para todos, há ainda a afetação deles individualmente afinal, a saúde e a moradia, por exemplo, são direitos claramente individualizáveis. O oposto se diga com relação aos direitos de associação ou de liberdade de expressão que somente se exercem no plano coletivo e não no individual, afinal expressar-se sem que alguém possa ouvir é um nada jurídico.

Também têm sido muitas as críticas à figura da reserva do possível no direito brasileiro, como bem se verifica na posição defendida por Andreas Joachim Krell<sup>353</sup>, para quem a reserva do possível representaria uma falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorreria de um Direito Constitucional Comparado equivocado, sobretudo onde não tem sido difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, enfraquecendo a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais sociais.

Diferenciando os chamados minimalistas - a partir da defesa de um status social mínimo ou de um domínio de um espaço vital mínimo - dos maximalistas que reclamam uma realização completa dos direitos fundamentais, o que Robert Alexy<sup>354</sup> defende é que há exigibilidade jurisdicional do direito fundamental, ainda que social, sempre que o legislador atua aquém do

---

<sup>350</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p.60-61.

<sup>351</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.262-263.

<sup>352</sup> *Idem*. A *jusfundamentalidade dos direitos sociais*. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro, n.5, p.108.

<sup>353</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p.47.

<sup>354</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.518-519.

que está obrigado a fazê-lo. Logo, se implementa menos do que deveria, pode ser exigida a concreção. Se implementa o mínimo exigido, resta afastada a possibilidade de reclamar-se judicialmente algo a mais.

É exatamente nesse aspecto que se pretende examinar, qual o conteúdo mínimo a que estão obrigados os legisladores. Qual o limite de conformação? Qual o conteúdo essencial que diferencia os espaços de discricionariedade dos poderes obrigados a conformarem os direitos fundamentais sociais?

Não se negam os obstáculos, mas também não se pode negar o seu conteúdo essencial.

O desenvolvimento de uma noção acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais pode auxiliar pelo oferecimento de um parâmetro seguro que justifique o minimalismo, ainda que se deva almejar o maximalismo.

### **2.2.5 Os Direitos Fundamentais Sociais e sua realização gradual**

O constitucionalismo democrático, do qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é exemplar, exige um conteúdo que, sendo consentâneo com a sua fonte de sua legitimação, constitua um projeto apto a formar tradições com um início marcado na história, numa linha de evolução.

Foi por isso que Jürgen Habermas<sup>355</sup> afirmou que “todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição”, eis que a implementação dos direitos fundamentais exige um caminhar para frente.

Ainda que essa continuação possa ser havida como falível, eis que esse processo não é imune a interrupções e a recaídas históricas, decorrentes de grandes crises e da própria guerra, é necessário que ele possa ser interpretado, ao menos no longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo.

Por essa razão, é tarefa do legislador, do órgão jurisdicional, do governo e à administração concretizar os direitos fundamentais, cumprindo uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora.

---

<sup>355</sup> HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.165.

Robert Alexy<sup>356</sup>, analisando as normas definidoras de direitos fundamentais como mandatos de otimização, ressalta que, na medida em que os direitos fundamentais, em sua vertente objetiva, comportam um conteúdo normativo que deve ser respeitado e realizado pelos poderes públicos (administração, jurisdição e legislação) e pelos sujeitos privados, estes se transformam em comandos a serem otimizados, isto é, a serem observados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

J.J. Gomes Canotilho<sup>357</sup>, analisando o artigo 117, número 02, da Constituição Italiana, lembra a defesa dos níveis essenciais de prestação referente aos direitos sociais, apontando isso como um autêntico direito irrestingível, condicionando – o nível essencial – a ação políticas estatais.

Ao analisar a extensão do dispositivo da Constituição Italiana, Paolo Ridola<sup>358</sup> assinala que a previsão destina-se a remover desequilíbrios ou para assegurar a uniformidade das condições de vida para todos, garantindo assim um padrão mínimo de acesso as prestações fáticas, “*con particolare riguardo alla determinazione degli standard di accesso alle prestazioni*”.

A ligação desse nível essencial de prestações está relacionada com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, como aponta Claudia Tubertinni<sup>359</sup>, apoiada na análise da jurisprudência constitucional italiana, na medida em que impõe, por meio do nível evolutivo, uma restrição e “*limite rispetto alla discrezionalità del legislatore nell’attuazione dei diritti costituzionali*”. Adiante complementa:

*il pregio di questa interpretazione sarebbe quello di garantire un’applicazione non ridutiva dei livelli essenziali, dovendo essi contenere tutte quelle prestazioni considerate come irrinunciabili alla luce dell’evoluzione di ciascun diritto e delle interpretazioni ormai consolidate dello stesso*<sup>360</sup>.

Analisando o direito a saúde, Ingo W. Sarlet<sup>361</sup>, ao defender que se deva garantir as condições existenciais mínimas tomando-se por diretriz mínima os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, parece aceitar a ideia de níveis de concretização dos direitos sociais.

---

<sup>356</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004, p.185.

<sup>357</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.262-263.

<sup>358</sup> RIDOLA, Paolo. *Diritti Fondamentali: Un’introduzione*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2006, p.178.

<sup>359</sup> TUBERTINNI, Claudia. *Pubblica Amministrazione e Garanzia del Livelli Essenziali delle Prestazioni: Il caso della tutela della salute*. Bolonia: Bolonia University Press, 2008, p.49-50.

<sup>360</sup> TUBERTINNI, Claudia. *Pubblica Amministrazione e Garanzia del Livelli Essenziali delle Prestazioni: Il caso della tutela della salute*. Bolonia: Bolonia University Press, 2008, p.50-51.

<sup>361</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Os direitos econômicos e sociais, ainda para quem defenda um esforço superior de implementação deles, não deixa de possuir essa perspectiva evolutiva, representando um feixe de obrigações aos poderes públicos, que estão inexoravelmente obrigados a empreenderem esforços no sentido de aumentar, continuamente, o grau de efetivação dos mesmos. Esse compromisso foi firmado, internacionalmente, pela Republica Federativa do Brasil, ao subscrever o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>362</sup>, que no seu artigo 2º, item número 1<sup>363</sup>, revela o compromisso de utilizar o máximo de seus recursos disponíveis, de forma a tentar assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos sociais.

Assim, ainda que se deva atentar para a advertência formulada por Celso Lafer<sup>364</sup> quando realçou nos direitos sociais a marca de um objetivo a ser implementado progressivamente, e, portanto, menos suscetível de aplicação imediata, dependendo das possibilidades fáticas, sociais e jurídicas existentes em cada momento<sup>365</sup>, não se pode esquecer que não se permite, com isso, uma paralisia de implementação, e se deve ter evidente que tal dever de concretização, ainda que progressivo, “*no constituye una carta blanca que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la satisfacción del derecho em cuestión*”, como bem advertiu Gerardo Pisarello<sup>366</sup>.

Observa Cristina Queiroz<sup>367</sup> que justamente tendo em conta os condicionamentos e a dependência conjuntural dos direitos fundamentais sociais que se tem sustentado a medida do possível na sua implementação, isto é, o modo proporcional ao desenvolvimento e ao progresso econômico e social.

---

<sup>362</sup> Referido Pacto foi dotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, sendo que a Republica Federativa do Brasil se tornara membro signatário do documento, tendo o Congresso Nacional brasileiro aprovado seu texto por meio do Decreto Legislativo número 226, de 12 de janeiro de 1991 (e Decreto Presidencial n. 591, de 06 de julho de 1992), depositado a carta de adesão ao Pacto em 24 de janeiro de 1992, tendo o referido Pacto entrado em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992.

<sup>363</sup> Artigo 2º. Item 1 – “Cada Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa”.

<sup>364</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.129.

<sup>365</sup> O Pacto Internacional de Direitos Econômicos e sociais também reconhece a dependência desses direitos aos recursos disponíveis.

<sup>366</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.66.

<sup>367</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.97-98.

A garantia dos direitos sociais - lembra J.J. Gomes Canotilho<sup>368</sup> - “sob reserva dos ‘cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”, a justificar, mesmo na Europa, o cuidado com a aplicação da reserva do possível<sup>369</sup>, cabendo lembrar que no Brasil, a modernidade tardia que ainda não democratizou os direitos fundamentais mínimos reclama ainda mais resistência à aplicação desse obstáculo<sup>370</sup>.

É exatamente esse pensar que conduz Cristina Queiroz a concluir, que a realização dos direitos fundamentais sociais gozam proteção jurisdicional, formulada por distintos modos, dentre os quais, a proibição de retrocesso social<sup>371</sup>. Assim, para ela<sup>372</sup>, a vedação do retrocesso social, ou a não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – *Nichtumkehrbarkeit* –, significa que, uma vez consagradas normativa e faticamente as referidas prestações sociais, não é dado eliminá-las sem imediato estabelecimento de alternativas ou compensações.

Sendo assim, ainda que se defenda não possam os direitos sociais impor uma obrigação de avanço imediato, porque condicionada às possibilidades diversas, não se pode recusar a imediata a proibição de retroceder, ficando no mínimo assegurado o *status quo* alcançado sob o ponto de vista do estado social. Se a reserva do possível é relevante ao capítulo da implementação dos direitos sociais, não menos o é o mínimo existencial, a dignidade do ser humano, a estabilização das conquistas sociais, e, assim, a necessidade de preservação do conteúdo essencial desses direitos.

Some-se à vedação de retrocesso a verificação das prioridades constitucionais na elaboração orçamentária que, ainda que se admita a satisfação progressiva em razão dos obstáculos postos, constituiriam um marco de proteção mais efetiva dos direitos sociais fundamentais, porque “a *reserva do possível* não significa que os direitos sociais somente serão implementados de acordo com os recursos ditos disponíveis pelos administradores; verificar-se-á a aplicação dos mínimos exigidos pela Constituição, bem como a *impossibilidade de*

---

<sup>368</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.451

<sup>369</sup> No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina. *Interpretação e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.65.

<sup>370</sup> Forte resistência a aplicação da reserva do possível pode ser conferida em inúmeras obras brasileiras, sendo representativo da resistência o pensamento de Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídicos*, v.08, N. 02, maio-ago./ 2003).

<sup>371</sup> QUEIROZ, Cristina. *Op.cit.*, 2006, p.101.

<sup>372</sup> *Idem*. *O princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Sociais: Princípios Dogmáticos e prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.67.

*retrocesso social*", como afirmou Fávio Pansieri<sup>373</sup>.

Na visão de Gerardo Pisarello<sup>374</sup>, a obrigação de não retrocesso, em todo caso, está conectada a obrigação de progressividade, determinadora do desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais de maneira gradual, na medida dos recursos disponíveis, mas condicionando a ação pública ao máximo de esforços e recursos – humanos, financeiros, informativos e tecnológicos – para satisfazer ao menos o conteúdo essencial do direito em questão.

Eis é o ponto marcante da teoria: identificar o conteúdo mínimo de implementação do direito fundamental, aquém do que a postura/omissão será inquestionavelmente inconstitucional. Não obstante a isso, não se pode esquecer que, do ponto de vista estrutural, os direitos sociais prestacionais não se diferem muito dos direitos de defesa.

Dada a semelhança a noção de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais parece se ligar a um avançar do nível de prestações que se espera – e é exigível – aos poderes estatais.

### 2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÕES EM SENTIDO ESTRITO: DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

Feita a análise sobre as possíveis estruturas que um direito fundamental pode assumir, torna-se necessário restringir o objeto do presente estudo, especialmente porque se pretende examinar a questão do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, na sua perspectiva de direitos a prestações sociais.

Tome-se por certo e mesmo irrecusável que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão prestacional, mas pretende-se examinar, com mais proximidade, existência do núcleo essencial dos direitos sociais, na perspectiva de vinculação dos poderes públicos, apreciando tanto um conteúdo relativo, resultado de uma ponderação no caso concreto, quanto um conteúdo absoluto.

---

<sup>373</sup> PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. 1.ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Fundação Boiteux, 2006, v.1, p.270.

<sup>374</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.66.

O propósito externado é o de, com tal conteúdo, vincular o conformado do direito fundamental ou mesmo intentar perceber os limites de exigibilidade de prestações materiais, ou, na terminologia alemã, das “ações fáticas positivas” – *positive faktische Handlungen* – que consiste no oferecimento concreto de bens ou serviços às pessoas, tais como educação, saúde, alimentação, moradia, segurança e demais direitos assegurados pela norma constitucional.

Dentro disso, embora não se recuse que muitas das considerações servirão a todos os direitos, importa esclarecer que o presente estudo almeja apreciar o conteúdo essencial da função de prestação dos direitos fundamentais sociais, assim considerados aqueles que reclamam prestação fática ou, na terminologia de Robert Alexy<sup>375</sup>, os direitos a prestação em sentido estrito, que são aqueles do indivíduo em face do Estado, garantidos de forma expressa<sup>376</sup> na Constituição Brasileira de 1988.

Na precisa delimitação formulada por Libório L. Hierro<sup>377</sup>, referidos direitos – os fundamentais sociais - são as pretensões a prestações que asseguram as capacidades para o indivíduo desenvolver-se ou a satisfação das necessidades básicas que permitam, se supridas, oferecer aos sujeitos o desenvolvimento como agentes morais num contexto que implica, por sua vez, uma desigualdade na distribuição dos recursos para compensar as desvantagens de caráter natural ou social.

Numa simples frase, cunhada por Virgílio Afonso da Silva<sup>378</sup>: os direitos sociais são aqueles que têm “como objetivo a realização de uma igualdade material entre os indivíduos”. Este é o escopo, por excelência dos direitos sociais.

Enfim, a referência que se faz ao conteúdo essencial dos direitos sociais, nesse trabalho, restringe-se aqueles que perseguem a efetiva garantia da liberdade fática, pelas ações de prestação propriamente ditas, ou que impõem ao poder público uma realização fática, fruível social e individualmente. Enfim, os direitos originários a prestações.

---

<sup>375</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.499.

<sup>376</sup> Resta fazer, mais uma vez, o registro de que muitos dos direitos a prestação podem ser construídos por meio de interpretação jurídica.

<sup>377</sup> HIERRO, Libório L. *¿Qué derechos tenemos? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n.23, 2000, p.370.

<sup>378</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.79.



### **3 A DELIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

#### **3.1 A ATIVIDADE LEGISLATIVA NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dentre as tarefas impostas pela nova compreensão do Direito Constitucional, realça-se, no neoconstitucionalismo, a função de encontrar formas de tornar efetiva a concretização dos direitos fundamentais, a partir da constatação de que os mesmos reclamam diuturno esforço de implementação.

Em razão de tal nota, torna-se imperiosa a tarefa atribuída aos atores políticos de desenvolvimento dos direitos fundamentais, na medida em que ainda não estão completamente desenvolvidos, representado – todos – direitos *prima facie* e não direitos definitivos, no esquema proposto por Robert Alexy<sup>379</sup>.

---

<sup>379</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.103-104.

Essa característica levou Libório L. Hierro<sup>380</sup> a defender, analisando o pensamento de Robert Alexy, a configuração definitiva de um direito fundamental sempre depende de posteriores desenvolvimentos institucionais. Dessa maneira, os direitos fundamentais não podem ser considerados prontos, reclamando a atuação do legislador ordinário, tanto para definir os contornos do direito em questão, quando para disciplinar a forma de exercício dos direitos em questão, assegurando aos membros do corpo social o gozo e o exercício dos mesmos.

Nunca se deve perder de vista que grande parte das críticas ao ativismo judicial e da realização subjetiva do direito fundamental, por exemplo, está justamente assentado nessa premissa, tendo Gregório Peces-Barba<sup>381</sup> afirmado que os direitos sociais somente com a intervenção institucional do legislador poderiam ser judicialmente protegidas, já que normas de segundo grau cujo conteúdo vincula o poder público ao desenvolvimento delas, mas não à sua realização sem se observarem os parâmetros fixados nos instrumentos legislativos pertinentes. Com tal posição, tenta resolver eventual conflito entre os poderes, realçando o papel do poder legislativo na definição de prioridades a serem atendidas.

Sendo assim, compete ao legislador a tarefa de potencializar o cumprimento dos direitos fundamentais, criando mecanismos fáticos e normativos que permitam e tornem real e efetivo o exercício de tais direitos, promovendo aquilo que Martínez-Pujalte<sup>382</sup> denominou “política de direitos fundamentais”.

Como os direitos fundamentais apresentam uma estrutura aberta e flexível e não possuem um campo de incidência previamente delimitado, justifica a necessidade de intervenção normativa do legislador, tanto para definir o contorno do âmbito de proteção quanto para assegurar o gozo dos direitos ao cidadão, promovendo o efetivo desenvolvimento deles.

Lastreada nessa reflexão, Claudia Perotto Biagi<sup>383</sup> esquematizou as duas tarefas impostas à atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais, quais sejam, (a) a função de limitação do direito fundamental; e, (b) a tarefa de conformar ou configurar os direitos fundamentais.

Assim, por dois modos se manifesta a atuação legislativa em termos de regulamentação dos

---

<sup>380</sup> HIERRO, Libório L. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: MANRIQUE, Ricardo García (Org.). *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.183 e 187.

<sup>381</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p.160.

<sup>382</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.85.

<sup>383</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.56.

direitos fundamentais, uma vez que o legislador pode limitar esses direitos por meio de restrições, exceções ou privações ao seu exercício, quando previamente autorizado pela norma constitucional; como também pode detalhar ou delimitar o direito fundamental e as formas de exercê-lo.

Essa dupla função do legislador - de limitar e de conformar – impõe, de um lado, a proibição de lesionar pelos direitos fundamentais e do outro lado, contém um mandamento dirigido ao legislador de construir ou conformar cada direito em particular, desempenhando o encargo jurídico-constitucional de efetivar o próprio direito fundamental.

Essa tarefa de conformar - quiçá verdadeiramente a única porque conformar pode, logicamente, impedir a lesão, limitando assim o agir da autoridade legislativa - fez Peter Häberle<sup>384</sup> identificar que “*la legislación da al derecho forma concreta, se trata de una actividad jurídica creativa de alto rango*”, concluindo a importância das funções para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Relevante para o conteúdo essencial do direito fundamental porque, na medida em que o legislador conforma o direito, dá substância ao conteúdo essencial, criando complexos de norma e de institutos jurídicos concretos que passam a pertencer a essência desse direito, criando, ao mesmo tempo, as condições de fruição real e efetiva do próprio direito. Enquanto limita o direito, acaba por determinar o contorno da restrição.

Por isso, toda limitação de direito fundamental reclama a determinação do conteúdo e toda conformação de seu conteúdo implica estabelecer o limite do próprio conteúdo do respectivo direito.

Sem a atividade de desenvolvimento legislativo, os direitos fundamentais careceriam de eficácia, figurando como mero “direito de papel” como anotou Peter Häberle<sup>385</sup>, afirmando que a norma fundamental, sem uma legislação concretizadora, não poderia transformar-se numa realidade, alcançando “*vigencia real*”.

Já sem a limitação, o direito fundamental poderia ser utilizado egoísticamente e como anteparo justificador de atitudes que não levam em conta nem a existência do direito do semelhante, nem o necessário respeito a outros bens fundamentais, igualmente protegidos, que ocasionalmente conflitassem com ele. A limitabilidade é, pois, uma marca dos direitos

---

<sup>384</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.170.

<sup>385</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.171.

fundamentais<sup>386</sup>.

O legislador, ao limitar ou conformar o direito fundamental, concretiza a constituição, fixando suas potencialidades reais e efetivas. A importância da atividade legislativa é irrecusável porque, por meio do seu exercício, se pode perceber o alcance da norma constitucional. Todavia, essa não pode ser uma tarefa discricionária, razão pela qual não pode o legislador realizar aquém do conteúdo essencial, nem limitar desrespeitando essa mesma fronteira.

Sob o regime da legalidade, cabe ao legislador a relevante tarefa de conduzir o Estado na realização dos direitos fundamentais, implementando-os e estabelecendo os marcos de sua concreção, ainda que com certa discricionariedade. Certa porque essa abertura não significa que podem, nessa tarefa, agir ao seu talante, desconsiderando a necessidade de obediência à que lhe outorgou o dever-poder, quem seja, a Constituição.

O legislador deve agir na construção dos conteúdos valorativos jurídico-constitucionais da norma fundamental, atualizando a constituição de forma a permitir sua concretização, promovendo a atualização da unidade política da associação social, garantindo a legalidade da instituição e o reconhecimento e a preservação da legitimidade do ordenamento jurídico, como pontuado por Friedrich Müller<sup>387</sup>.

Mas essa liberdade de conformação ou o poder de conformação do legislador não lhe oferece a possibilidade de ultrapassar o limite do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O problema da investigação acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e particularmente dos sociais, é encontrar os limites do poder de limitar, ou o cumprimento do grau mínimo de conformação dos referidos direitos. Daí a importância do presente estudo, na busca de encontrar vínculos ao legislador para que ele realize, de forma máxima, o sentido normativo da constituição, na forma defendida pelas ideias neoconstitucionalistas aqui já sumariadas.

Antes, porém, torna-se indispensável tratar das funções de limitação e conformação dos direitos fundamentais, para após, examinando o âmbito de proteção desses direitos, avaliar a legitimidade das restrições, apresentando filtros a elas, e, em seguida, dedicar o trabalho a um deles em especial: o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

### 3.2 RESTRIÇÃO E CONFORMAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

<sup>386</sup> Os tópicos seguintes procuram explicitar, com mais clareza, o que se entende por limitabilidade.

<sup>387</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005, p.56.

### 3.2.1 Prolegômenos da conformação e da restrição a direitos fundamentais

Além da função de restrição ou limitação do direito fundamental, de modo a permitir o exercício dele de forma socialmente adequada, impedindo o abuso do direito, numa sociedade de iguais, frequentemente, o exercício e o uso dos direitos fundamentais dependem da conformação do direito, também designada de configuração ou concretização<sup>388</sup>, a reclamar a atuação do legislador na tarefa de promover a ordem jurídica e os meios que permitam ao indivíduo fazer uso efetivo do direito fundamental.

A norma conformadora do direito fundamental, o configura. Já a limitação do direito, por seu turno, existe pela necessidade de atuação legisferante que visa a proteger bens jurídicos de igual valor. É exatamente por isso que embora o sujeito possua o direito de expressar livremente seu pensamento, quando o faz de forma a causar dano a terceiro, fica obrigado a indenizar o sujeito lesado.

J.J. Gomes Canotilho<sup>389</sup>, após registrar que a norma restritiva do direito fundamental limita posições que, *prima facie*, estariam protegidas pelo direito fundamental, ao passo em que as conformadoras “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental”, conclui que se a norma conformadora estabelece a disciplina jurídica incidente sobre o direito, então, nesse sentido, a norma restritiva também conforma.

Não se pode deixar de considerar, como objetou Gilmar Ferreira Mendes<sup>390</sup>, que muitas vezes o legislador, no uso da competência conformadora, acaba por redesenhar o direito fundamental, não raras vezes, com consequências seriamente limitadoras para o próprio direito.

Num esforço conceitual, considera-se limitação e restrição a faculdade dada ao legislador para reduzir o espaço de permissão *prima facie* dado pelo direito fundamental, e conformação significará o dever-poder que dispõe a atividade legislativa, para efetivar o direito fundamental, adotando as providências jurídico-normativas que necessitam os direitos

---

<sup>388</sup> José Felipe Ledur, apoiado no pensamento de Konrad Hesse, lembra que nem sempre conformação e concretização são sinônimos, na medida em que aquela compreende a concretização, como no caso do direito fundamental à associação que se concretiza com a manifestação de vontade daqueles que desejam se associar. (LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.46).

<sup>389</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.633-634.

<sup>390</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.19.

fundamentais para produzirem os seus efeitos.

De todo modo, deve-se admitir que conformar ou limitar o direito fundamental representa tarefa indispensável para o debate em torno da fronteira de defesa dos direitos fundamentais, notadamente quando se analisa o seu conteúdo essencial, devendo-se, reclamando, também, investigação tanto a teoria interna ou externa dos direitos fundamentais quanto o limite dos limites. É o que se pretende fazer.

### 3.2.2 Restrição e/ou limitação dos direitos fundamentais

Inicialmente, no que tange a utilização da expressão limitação ou restrição<sup>391</sup>, cabe fazer registrar que aqui serão utilizadas como sinónimos, a não ser que se ressalve expressamente o uso de cada uma das expressões, embora não se ignore o esforço daqueles que separam as duas ações. Jorge Reis Novais<sup>392</sup>, por exemplo, além de fornecer amplo rol terminológico utilizado tanto em Portugal quanto na Alemanha, analisa as distinções entre elas.

Do ponto de vista operativo, e num esforço de simplificação, pode-se afirmar que enquanto a ideia de limite do direito fundamental se enquadra melhor na matriz teórica que defende a chamada teoria interna, a expressão restrição conforta e representa melhor adequação ao desenvolvimento da chamada teoria externa<sup>393</sup>.

É do próprio Jorge Reis Novais<sup>394</sup> a distinção, partindo da diferença etimológica entre os conceitos, a separação deles, quando registra que restrição deriva do latim *restringere* e significa supressão ou diminuição de algo, enquanto limite advém do latim *limitare* ou *delimitare* referindo-se à fronteira. Desta forma, enquanto restrição traduz a ideia de intervenção ablativa num conteúdo pré-existente, limitação dá contornos a esse conteúdo.

Por tal razão que a ideia de restrição está ligada à teoria externa ou que se impõe externamente ao direito, valendo o oposto para limite que pressupõe, em geral, a validade da

---

<sup>391</sup> Cabe ainda assinalar que parte da doutrina distingue ainda a restrição da regulação para incluir nesta apenas o modo de exercício do direito fundamental. Tal qual Virgílio Afonso da Silva, o presente trabalho rejeita tal distinção, porque estabelecer modos de exercício é restringir o direito fundamental. Diz ele: “regulamentar a forma é restringir às formas permitidas de exercício” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.108).

<sup>392</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.390 *et seq.*

<sup>393</sup> As teorias interna e externa serão examinadas nos tópicos seguintes e lá se fará a distinção teórica entre restrição e limitação.

<sup>394</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op.cit.*, 2003, p.254 *et seq.*

teoria interna, ou a delimitação do que está ou não abarcado, previamente, no direito fundamental.

Apesar de reconhecida especificidade que diferencia restrição de limitação de direitos fundamentais, para o propósito do estudo que aqui se desenvolve, passa-se a utilizar, salvo ressalva explícita, as duas expressões no mesmo sentido, como propõe Jorge Bacelar Gouveia<sup>395</sup>, significando “a decepação definitiva, subjectiva ou objectivamente considerada, de aspectos do conteúdo ou do objecto do direito fundamental constitucionalmente concebido, feita a partir do legislador ordinário”<sup>396</sup> ou seja, a compressão do conteúdo do direito fundamental que, a priori, permitiria todas as condutas possíveis, mas que, por não se ilimitado, pode ter seu alcance reduzido por ação normativa.

Todo direito fundamental é limitável, competindo ao legislador disciplinar seu exercício editando normas legais restritivas, que são aquelas que limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluiriam domínio de proteção do direito fundamental. Isso acontece, por exemplo, com o direito de liberdade de expressão, no qual, em princípios, se poderia manifestar livremente qualquer pensamento ou opinião, entretanto a lei limita tal possibilidade estabelecendo que os excessos ao uso desse direito devam ser punidos, como no caso da configuração do delito de injúria.

Há restrição legal do direito fundamental, na lição de J.J. Gomes Canotilho<sup>397</sup>, “quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou directamente limitado através da lei”, ou seja, quando a lei diminui ou limita a fruição do próprio direito fundamental referido<sup>398</sup>. Robert Alexy<sup>399</sup>, no mesmo sentido, acrescenta que as normas restritivas são necessariamente compatíveis com o mandamento constitucional, e, com isso, distingue restrição de intervenção, sendo a aquela assentada no mandamento constitucional e esta exorbitante e, portanto, inconstitucional.

Debruçado sobre o tema, Konrad Hesse<sup>400</sup> adverte que a tarefa de limitar direitos fundamentais consiste na realização da função de coordenar mutuamente as condições de vida

---

<sup>395</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ ed, 2001, p.452.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p.466.

<sup>397</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998., p.1196.

<sup>398</sup> O conceito e significado de âmbito de proteção, assim como as teorias interna e externa, serão examinadas no curso do desenvolvimento desse texto, mais adiante.

<sup>399</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.281.

<sup>400</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.255.

garantidas pelos direitos de liberdade, permitindo a convivência destes com os demais bens jurídicos que, da mesma forma que aqueles, são fundamentais para a preservação da vida social, e, por causa disso, são protegidos juridicamente.

Essa mesma reflexão levou José Carlos Vieira de Andrade<sup>401</sup> a anotar a limitabilidade tanto na sua dimensão subjetiva<sup>402</sup> do direito fundamental, eis que “a inevitável e sistêmica conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros” não nega – e jamais negou, mesmo no apogeu liberal-individualista – a necessidade de assegurar ao outro o direito conferido a alguém. De outro giro, sustenta que na dimensão objetiva a norma constitucional não se limita a estabelecer o valor da liberdade, mas antes “liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários”.

Na dimensão subjetiva, a limitação permite a convivência social harmônica enquanto que na objetiva, transforma o direito fundamental numa possibilidade de construção de um projeto para o todo social, integrando o conjunto de valores comunitários, em que a convivência social seja possível. Assentado em tal reflexão Gregorio Peces-Barba<sup>403</sup> anotou que o direito alheio atua como limite do direito fundamental, supondo o reconhecimento de uma realidade essencial do direito, “*su estructura relacional, la alteralidad o bilateralidad; el derecho subjetivo fundamental puede chocar con el derecho fundamental de outro y ése es su primer limite exterior*”.

A limitabilidade dos direitos fundamentais encontra-se consignada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, quando seu artigo 29, item número 2<sup>404</sup>, aponta para a afirmação da restrição dos direitos, avalizando a dupla dimensionalidade aqui referida. Referida norma, diz Luis Aguiar de Luque<sup>405</sup>, além de consagrar o direitos dos demais, atua como fundamento da ordem política, habilitando o legislador a adotar as medidas necessárias à articulação subjetiva dos distintos direitos fundamentais.

A doutrina tem identificado diversos tipos possíveis de limites aos direitos fundamentais,

---

<sup>401</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.265.

<sup>402</sup> Sobre dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, confira-se o capítulo anterior.

<sup>403</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Latina Universidad, 1980, p.113.

<sup>404</sup> “No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”

<sup>405</sup> LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, enero-abril, 1993, p.27.



construindo aquilo que J.J. Gomes Canotilho<sup>406</sup> chamou de sistemática de limites, sendo evidente que a competência para limitar não significa o poder de destruir o direito fundamental, classificando em três tipos: (a) os limites ou restrições constitucionalmente imediatos; (b) os limites ou restrições estabelecidos por lei; e, (c) os limites imanentes ou limites constitucionais não escritos.

Os limites diretamente previstos na Constituição são aqueles estabelecidos na pelo próprio texto constitucional<sup>407</sup>, materializando normas que ao mesmo tempo consagram um direito fundamental e estabelecem as restrições ao direito garantido. Firme nesse conceito, Claudia Perotto Biaggi<sup>408</sup> sapara alguns exemplos na Constituição da República Federativa do Brasil, indicando os dispositivos dos incisos XI, XVI e XXVII, todos do artigo 5º, que tratam, respectivamente, (a) da proteção à casa como asilo inviolável, mas permitindo o ingresso não autorizado nela quando diante de uma situação de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, ainda, em caso de cumprimento de ordem judicial (mas nesse caso, durante o dia); (b) da liberdade de reunião, mas desde que possua caráter pacífico e sem armas; e, (c) da liberdade de associação, desde que para fins lícitos, proibida a associação de caráter paramilitar.

No segundo plano, destacam-se as restrições indiretamente constitucionais ou os limites/restrições estabelecidas por lei, cuja criação está deferida ao legislador ordinário, na forma da reserva de legal, para que estabeleça. A habilidade de restringir direitos fundamentais encontra justificativa na impossibilidade que tem o Poder Constituinte de, por si somente e de antemão, estabelecer todas as restrições dos direitos fundamentais, estabelecendo uma competência de configuração para que o Estado determine o alcance material dos direitos fundamentais, como explica Gavara de Cara<sup>409</sup>.

Robert Alexy<sup>410</sup> adverte que, nesse caso, a Constituição não restringe o direito fundamental, mas apenas fundamenta a restringibilidade, ofertando a possibilidade jurídica das restrições, para ele, “restrições indiretamente constitucionais são aquelas que a Constituição autoriza

---

<sup>406</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1196.

<sup>407</sup> Sobre limites implícitos e explícitos ao poder de modificar o conteúdo da constituição, confira-se: BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

<sup>408</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.62.

<sup>409</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.142.

<sup>410</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.282.

alguém a estabelecer”<sup>411</sup>. Conforme sua classificação, as restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, ao passo em que as de assento infraconstitucional são indiretamente constitucionais<sup>412</sup>.

Referida distinção classificatória já havia sido feita por Karl August Bettermann<sup>413</sup>, em sua celebre conferência pronunciada em 4 de novembro 1964<sup>414</sup>, quando separou as “restricciones normativas de la libertad a través de la propia Constitución” que ele denomina restrições constitucionalmente ordenadas, daquelas “subconstitucionales” feitas por meio da edição de leis.

As restrições diretamente constitucionais ocorrem quando a regulação dos direitos fundamentais fica a cargo do próprio texto constitucional que simultaneamente os positiva e encarrega-se de estabelecer a respectiva especificação limitadora, como registra Jorge Bacelar Gouveia<sup>415</sup>, sendo paradigmático o caso da liberdade de reunião (para fins pacíficos e sem armas) aqui já referido.

Classificam-se, estas últimas, ou seja, as indiretamente constitucionais, entre restrições decorrentes de reservas simples e as de reserva qualificada, sendo que as primeiras estabelecem sem se fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei, ao passo em que na segunda, eventual restrição deve-se fazer tendo em conta a satisfação de certo requisito expressamente definido na Constituição, ou mesmo a persecução de um determinado objetivo<sup>416</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>417</sup> relaciona diversos casos de reserva legal simples – *einfacher Gesetzesvobehalt* – previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, como o do inciso VI, do artigo 5º, em que a garantia de proteção dos locais de culto e liturgias religiosas será feita na forma da lei; o da identificação criminal do civilmente identificado, nas hipóteses previstas na lei, dentre outros.

---

<sup>411</sup> *Ibidem*, p.291.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p.286.

<sup>413</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1519.

<sup>414</sup> Nessa conferência foi realizada a primeira menção a chamada “barreira das barreiras” - ou “limite dos limites” - dos direitos fundamentais, sendo creditada ao professor Karl August Bettermann a primeira reflexão científica sobre o tema, como indica Joaquín Brage Camazano. (CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.28, nota 2).

<sup>415</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ ed, 2001, p.453.

<sup>416</sup> À propósito, confira-se: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.292 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.33.

<sup>417</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, 2009, p.33-37.

Já a reserva legal qualificada – *qualifizierter Gesetzesvorbehalt* – haverá quando a Constituição não se limita a permitir a restrição, mas dá conteúdo a ela, estabelecendo condições para outorga da competência, seja na fixação dos fins a se atingir, seja no estabelecimento dos meios a serem utilizados. É o caso, por exemplo, da restrição à inviolabilidade do sigilo de comunicação telefônica que poderá concretizar-se mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, como disposto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Por fim, existiriam os limites imanentes<sup>418</sup> que, embora problemático, tem sua admissibilidade justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens, como indica J. J. Gomes Canotilho<sup>419</sup>. Sobreleva registrar, aqui, a situação das restrições implícitas, derivadas da necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos<sup>420</sup>.

Virgílio Afonso da Silva<sup>421</sup>, analisando o pensamento de J. J. Gomes Canotilho adverte que limite imanente, no trabalho do lusitano, não é limite aprioristicamente revelado pelo intérprete, mas produto de sopesamento entre direitos colidentes. E isso que fica evidente quanto J. J. Gomes Canotilho<sup>422</sup> afirma que são limites constitucionais implícitos decorrentes da “necessidade de resolução de conflitos”.

Logo, por limites imanentes, no pensamento de J. J. Gomes Canotilho entende-se como uma intervenção externa e a *posteriori* ao direito; não uma declaração de limites imanentes, mas uma limitação constitutiva.

Esse é o sentido descrito por José Carlos Vieira de Andrade<sup>423</sup>, objetando contudo seu conteúdo porque, para ele, não seria possível restringir sem autorização expressa da Constituição. Para ele, a chamada reserva geral de colisão, comum na Alemanha, é uma defraudação do preceito constitucional, somente podendo ser aceita se a limitação legislativa não for uma lei restritiva, mas algo de natureza distinta, como uma espécie de “lei

---

<sup>418</sup> Ao qual se retornará nas páginas seguintes.

<sup>419</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1197 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.604.

<sup>420</sup> Como ficará esclarecido no parágrafo posterior, essa é a posição defendida por Peter Häberle, numa tese conciliatória acerca do conteúdo essencial.

<sup>421</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.166.

<sup>422</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.1197.

<sup>423</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.282.

harmonizadora”<sup>424</sup>.

Esta posição defendida por José Carlos Vieira de Andrade<sup>425</sup> se justifica diante do disposto no artigo 18, item 2<sup>426</sup>, da Constituição da República Portuguesa, que veda restrições distintas daquelas previstas no seu respectivo texto. Não se pode, contudo, aplicar tal pensamento no Direito Constitucional brasileiro, na medida em que a cláusula de reserva legal subsidiária contida no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, permitiria tais restrições, como pontuou Gilmar Ferreira Mendes<sup>427</sup>.

A atividade legislativa tem justificada a limitação, tal como sustenta Gavara de Cara<sup>428</sup>, com fundamento nos direitos de terceiros ou mesmo na necessidade de preservação de outros princípios ou valores de hierarquia também constitucional.

Ainda há que se destacar o caso dos direitos fundamentais sem reserva legal deve-se também investigar qual o âmbito de proteção desse direito.

É evidente que o poder de limitar não pode negar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, razão porque se deve aprofundar o instituto da limitação, de forma a perceberem-se as constitucionalmente autorizadas e aquelas vedadas. Vale aqui a advertência de Gavara de Cara<sup>429</sup> para quem mesmo a reserva de lei simples não pode ser considerada como um poder normativo em branco, já que a lei a ser editada deverá sempre buscar a satisfação de um interesse público legítimo.

O exame da legitimidade da restrição demanda lançar luzes em alguns temas, tais como definir o âmbito de proteção da norma consagradora de direito fundamental, avaliar os requisitos dessa restrição, por exemplo, a proporcionalidade, a generalidade, a abstração, a prospectividade, a não retroatividade, e, por fim, a própria garantia de proteção do núcleo essencial. Há ainda que se investigar as teorias interna e externa, sem o que não será possível matizar teoricamente o trabalho.

Antes, porém, e até mesmo porque se pretende avaliar esses limites e sua aplicação às normas

---

<sup>424</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2009, p.282-283.

<sup>425</sup> *Ibidem*, p.282.

<sup>426</sup> “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

<sup>427</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40.

<sup>428</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.150.

<sup>429</sup> *Ibidem*, p.143.

conformadoras dos direitos fundamentais, tratar-se-á da conformação dos direitos fundamentais.

### 3.2.3 Conformação dos direitos fundamentais

Conformar os direitos fundamentais significa permitir que ele se concretize de forma normativa e social, passando a dispor de eficácia social, na medida em que passe a ser fruído e protegido judicialmente, acaso desobedecido.

Embora conformação possa não ser necessariamente sinônimo de concretização<sup>430</sup>, na medida em que aquela é uma exigência indispensável e necessária para a fruição do próprio direito fundamental, enquanto esta é uma medida conveniente, mas não indispensável, porque o direito pode ser exercido, diretamente, ainda que falte o desempenho da tarefa legislativa, conforme lição de Jorge Bacelar Gouveia<sup>431</sup>, não se fará, nesse trabalho, a distinção entre ambas, na medida em que, como se admite que todo direito possui uma dimensão necessariamente prestacional, parece mais coerente admitir sempre a necessidade de conformação para fruição desse direito.

Ainda no aspecto terminológico e conceitual, Martin Borowski<sup>432</sup> assevera que a categoria de atuação sobre o direito fundamental, que venha a se contrapor com a ideia de restrição, será entendida simplesmente como configuração ou conformação.

Por dever de coerência entre o capítulo anterior e este, indica-se que no presente estudo, devem ser utilizadas como sinônimas as expressões conformação, configuração e concretização.

Ademais, no pensamento de Peter Häberle<sup>433</sup>, todos os direitos fundamentais são não apenas passíveis, mas carentes de uma conformação legal, por respeito ao objetivo constitucional de realizar de forma ampla os direitos fundamentais na vida social, reclamando a atuação legislativa como um meio de ofertar configuração criadora e contribuindo de forma

---

<sup>430</sup> O presente trabalho também utilizará a expressão configuração como denominação de conformação, tal como recomendara Cláudia Perotto Biagi (BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.68).

<sup>431</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ ed, 2001, p.452.

<sup>432</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.86.

<sup>433</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.170 *et seq.*

constitutiva para o conteúdo dos direitos.

A regulação legislativa, na conformação, deve “abrir possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais”, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho<sup>434</sup>, impondo a “tarefa da legislação”.

Após separar a conformação da limitação ou restrição, Robert Alexy<sup>435</sup>, designando aquela de conformação em sentido próprio ou estrito, lembra que a atividade legislativa está diante de normas de competência, visto que impõem deveres e proibições ao legislador para atuar. Exemplifica lembrando que “sem normas sobre o direito de propriedade, a garantia constitucional da propriedade não teria sentido. É um mérito da teoria das garantias institucionais ter tornado isso claro”<sup>436</sup>.

Exige-se uma atuação legislativa construtora e realizadora do direito fundamental, na medida em que todos eles, os direitos de liberdade e os sociais, demandam, ao lado da dimensão negativa, uma dimensão positiva consistente no conjunto de medidas indispensáveis à garantia desse próprio direito, como aqui já se defendeu.

Com frequência, sustenta Peter Häberle<sup>437</sup>, mesmo o âmbito de liberdade desejado pelo indivíduo deve ser conformado de modo a que se ponham, à sua disposição, formas e institutos jurídicos que possibilitem o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Ao cumprir a tarefa de conformar direitos fundamentais, o Estado deve promover a abertura ao titular a possibilidade de fazer uso desses direitos. Valendo-se da reflexão de Ignacio de Otto y Pardo<sup>438</sup>, este é o espaço que abriu o caráter abstrato da definição do direito consistindo numa “*determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida, mediante una regulación de los elementos de la realidad que sirven para modalizarla y de las facultades y potestades que la integran*”.

Por isso mesmo, correta a advertência de Konrad Hesse<sup>439</sup> para quem os direitos fundamentais, para poderem ganhar realidade e tornarem-se eficazes, carecem de uma

---

<sup>434</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.633.

<sup>435</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (*Theory der Grundrechte*). 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.335.

<sup>436</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (*Theory der Grundrechte*). 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.336.

<sup>437</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.178.

<sup>438</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1992, p.159.

<sup>439</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.247-248.

organização jurídica das condições e âmbitos de vida que eles devem garantir, reclamando, em primeiro lugar, a chamada tarefa da legislação.

As normas de configuração elaboradas no cumprimento da tarefa mencionada visam precisar, definir e concretizar o conteúdo da proteção dos direitos fundamentais, a fim de permitir o ser efetivo exercício.

Transportando a teoria para o exemplo concreto, ao analisar a tarefa de complementação, densificação e concretização do direito fundamental, Gilmar Ferreira Mendes<sup>440</sup> aponta a disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessão<sup>441</sup>, do âmbito de proteção do consumidor<sup>442</sup> e do direito à proteção judiciária<sup>443</sup>, demonstrando que sem atuação legislativa conformadora, tais direitos deixariam de ter sentido porque a “é ordem jurídica quem converte o simples ter em propriedade, institui o direito de herança e transforma a coabitação entre homem e mulher em casamento”<sup>444</sup>.

A questão ganha ainda maior relevo no tocante aos direitos fundamentais com âmbitos de proteção estritamente normativos, por essência carecidos de conformação jurídico-normativa - *rechtsnormgeprägten Schutzbereich* – em que a há necessidade da lei para garantir o exercício de direitos fundamentais, como destacado de J.J. Gomes Canotilho<sup>445</sup> e por Gilmar Ferreira Mendes<sup>446</sup>.

Referidos direitos foram confiados ao legislador para que eles possam definir o seu conteúdo, realizando a indispensável função de criar as normas de concretização ou de conformação desses direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, da proteção da pequena propriedade rural, prevista no artigo 5º, inciso XXVI<sup>447</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja definição foi confiada à lei ou mesmo a garantia da gratuidade do *habeas corpus* e do *habeas data*, posta no inciso LXXVII<sup>448</sup> do mesmo artigo.

Realce-se ainda que a atividade conformadora foi atribuída ao legislador para ele, estabelecendo um diálogo social atual e perene, ofereça a máxima concretude a norma de

---

<sup>440</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.16.

<sup>441</sup> Artigo 5º, Incisos XII e XXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>442</sup> Artigo 5º, Inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>443</sup> Artigo 5º, Incisos XXXV, LXVII e LXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>444</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.17.

<sup>445</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.634.

<sup>446</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op.cit.*, 2009, p.17.

<sup>447</sup> “XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

<sup>448</sup> “LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”.

direito fundamental, atualizando assim a norma constitucional, sem substituída, mas completando seu alcance e dando consequência ao avanço constitucional perseguido pelo neoconstitucionalismo. Nas palavras de Gavara de Cara<sup>449</sup>, a função permitirá que se complete a Constituição, como um sistema aberto e dinâmico, que tem seus momentos estáticos concretizados pela obra do legislador a quem confiou a tarefa de conformá-la. Complementa o pensamento afirmando que os direitos fundamentais necessitam, quer seja em maior ou em menor medida, de normas de configuração, organização e procedimento como elementos necessários à efetividade e delimitação das respectivas condições de exercício<sup>450</sup>.

Apesar disso, o fato de possuir competência conformadora, não significa que podem omitir-se ou que possuam poder absoluto de disposição sobre a matéria, valendo a advertência de J.J. Gomes Canotilho<sup>451</sup> para quem a “conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para «garantir» o exercício de direitos fundamentais”.

Mas a competência conformadora deferida à atividade legislativa não significa, de modo algum, um poder de lesionar o direito fundamental em seu conteúdo jurídico-constitucional, razão que levou Peter Häberle<sup>452</sup> a afirmar que “*la conformación de los derechos fundamentales no es, pues, arbitraria*”.

Não se pode perder de vista, ainda, que tais direitos, de qualquer maneira, possuem eficácia jurídica, na medida em que vincula a atuação futura do legislador, ou mesmo do administrador, impedindo-os de atuar em desconformidade com o quanto determinado pelo conteúdo da norma. Ademais, deve-se registrar que a omissão consistente em não conformá-lo enseja em inconstitucionalidade por omissão, a permitir a utilização do ferramental posto à disposição da jurisdição constitucional, para assegurar o cumprimento da norma fundamental inobservada<sup>453</sup>.

Exatamente nesse aspecto, avulta a necessidade de conhecer o limite do poder de conformação, quer para que se possa exigir uma configuração mínima, quer para que se

---

<sup>449</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.182.

<sup>450</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.206.

<sup>451</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.634.

<sup>452</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.169.

<sup>453</sup> Confira-se, a propósito, a substancial análise efetuada por Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004).



controle se, a pretexto de conformar, não se acabe restringindo de forma exagerada, em ambos os casos, molestando o conteúdo essencial do direito fundamental conformado.

### 3.3 ÂMBITO DE PROTEÇÃO E SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.3.1 O âmbito de proteção e sua relação com o suporte fático

A definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é pressuposto primário para o desenvolvimento da teoria acerca dos direitos fundamentais, para que se possa saber o que está ou não protegido pelo direito fundamental examinado. Conhecer essa definição do âmbito ou núcleo de proteção – *Schutzbereich* – é, dessa forma, indispensável para depois avaliar-se a restrição ao direito e, também, perceber-se qual o grau de conformação esperado e protegido pelo conteúdo essencial<sup>454</sup>.

Assim, torna-se necessário estabelecer qual o círculo delimitado pelo direito fundamental, para daí analisar-se se a restrição ou a configuração são ou não adequadas ou, numa palavra adequada aos propósitos desse estudo, se respeitam ao conteúdo essencial do direito questionado.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>455</sup>, apoiado na lição de Peter Lerche<sup>456</sup>, afirma que o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos contemplados pela norma jurídica e a consequência de proteção desse direito.

---

<sup>454</sup> No particular, embora para todos, rememore-se que aqui se investiga o grau mínimo de implementação dos direitos a prestação em sentido estrito, aqui denominados simplesmente de direitos sociais.

<sup>455</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.13.

<sup>456</sup> Jurista alemão nascido em 1928, que escreveu sobre o tema em LERCHE, Peter. «Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff», in ISENSEE/KIRCHHOFF, *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, p. 739 (740). Além disso, destaca-se a sua obra de 1961 publicada sob o título "Excesso e Direito Constitucional — sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e da exigibilidade" (Übermass und Verfassungsrecht — Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit), utilizando, pela primeira vez, a expressão Constituição Dirigente.

Nesse sentido, perceber o âmbito de proteção do direito fundamental é identificar precisamente os contornos e limites de cada direito. Tal afirmação é suficiente para realçar a função outorgada à atividade legislativa, tanto na conformação de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições, ou, como afirma J. J. Gomes Canotilho<sup>457</sup>, “só deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras desses direitos”.

A determinação desse âmbito de proteção enseja a busca de algumas respostas que ofereçam alguma noção de completude do que está ou não protegido ou em face de quem se estabelece a proteção. Não se trata, como adverte Gilmar Mendes Ferreira<sup>458</sup>, de perquirir o que está de fato protegido ou qual a proteção efetiva e definitiva, mas o que pode ser considerado ilegítimo, sob determinado parâmetro constitucional, quando se conforma ou se limita o direito fundamental.

Felipe de Paula<sup>459</sup> lembra que a condição lógica de qualquer ideia de limite ou restrição – e aqui se deve acrescentar conformação – é a definição do objeto a ser limitado ou restringido, chamando atenção para a divergência doutrinária quanto ao momento de apresentar formulação abstrata à isso, na medida em que alguns chamam âmbito de proteção do direito o que outros denominam suporte fático, não obstante se possa perceber que, em sua maioria, se encontram descritos tanto o substrato fático quanto o delineamento jurídico.

Tem razão Robert Alexy<sup>460</sup> ao perceber que, na análise das restrições, se observa o direito fundamental de fora para dentro, analisando o quê se exclui da proteção da norma de direito fundamental, enquanto ao examinar o âmbito de proteção e o suporte fático, se analisa o direito fundamental na via inversa, o que está protegido pelo direito fundamental.

Em linhas gerais, pode-se dizer que enquanto o âmbito de proteção identifica os elementos fáticos ou o recorte da realidade constitucionalmente relevante, o conteúdo diz respeito aos aspectos jurídicos-normativos do direito. A delimitação do âmbito de proteção permite encontrar a “*parcela da realidade incluída na hipótese normativa*” como preceitua José Carlos Vieira de Andrade<sup>461</sup>, indicando os limites do objeto a ser protegido. Já os limites de

---

<sup>457</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.602.

<sup>458</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.14.

<sup>459</sup> PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.50.

<sup>460</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.301.

<sup>461</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.273-274.

conteúdo dizem respeito às situações, formas ou modos de exercício de cada direito.

Representando a substância material do direito fundamental, nas palavras do TCFA<sup>462</sup>, o âmbito de proteção, diz Joaquín Brade Camazano<sup>463</sup>, representa o primeiro nível do processo de exame dos direitos fundamentais e tem um profundo sentido prático vinculado a aplicação real do direito, porque exclui a aplicação do direito fundamental, ou, de uma forma positiva, reclama sua incidência.

Na matriz alexyana, firme no pensamento de que primeiro existe o direito *prima facie* ou direito a ser protegido, que posteriormente poderá ser limitado, fundamental é o conceito de suporte fático, no qual o âmbito de proteção é apenas um dos componentes verificados. Assim, ao invés de questionar-se apenas o que é protegido, com sua amplitude e pela verificação das possíveis restrições contempladas na Constituição, como assinalou Gilmar Ferreira Mendes<sup>464</sup>, apoiado claramente na proposta de Pieroth/Schlink, investiga-se também a intervenção estatal, como uma dos elementos que permitirão encontrar o que está protegido.

Assim, tributário dessa teoria de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva<sup>465</sup> propõe quatro indagações para perceber-se a delimitação do suporte fático: o que é protegido; contra o quê; qual o resultado jurídico que poderá ocorrer; e, o que é necessário ocorrer para que a consequência também possa ocorrer. Assim, diante desse quadro, além do âmbito de proteção consistente naquilo que é protegido, deve-se buscar ainda aclarar contra o que se protege, para ele, a intervenção estatal.

Para Virgílio Afonso da Silva<sup>466</sup>, o suporte fático se desdobra em suporte fático abstrato e concreto, sendo o primeiro formado por fatos e atos do mundo que são descritos na norma e, para os quais, se realizados, determinam o efeito jurídico sendo que, “preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”. Já o suporte fático concreto está ligado ao abstrato, mas revela a ocorrência concreta daquilo que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou.

A investigação do âmbito de proteção do direito fundamental responde a indagação acerca de quais fatos, estados ou posições jurídicas estão protegidas pela norma que garante o direito. Persegue-se saber quais são, de fato, os bens protegidos ou não. Nessa busca, duas podem ser as estratégias básicas possíveis: ou se incluem na resposta todas as possibilidades, qualquer

---

<sup>462</sup> Cf. BVerfGE 32, 54, 72.

<sup>463</sup> CAMAZANO, Joaquín Brade. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.99.

<sup>464</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.14-15.

<sup>465</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.71.

<sup>466</sup> *Ibidem*, p.67.

fato, estado ou posição que guarde qualquer característica que possa ser considerada como integrante do âmbito temático. Segundo Robert Alexy<sup>467</sup>, é aquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie* sem levar em conta possíveis restrições; ou é necessário fazer uma triagem prévia para afastar, de logo, algumas condutas proibidas. No primeiro caso, tem-se o de suporte fático amplo; no segundo, o restrito.

O suporte fático<sup>468</sup>, assim, na matriz alexyana<sup>469</sup> descrita pormenorizadamente por Virgílio Afonso da Silva<sup>470</sup>, é composta pelo âmbito de proteção – que responde o que é protegido –, bem como contra o qual é protegido – a intervenção, em geral estatal. Esta intervenção, por seu turno, significa que o suporte fático somente é preenchido – gerando a consequência jurídica prevista no ordenamento jurídico – se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo<sup>471</sup>.

Além desses dois aspectos, a fundamentação constitucional que sustenta a restrição necessita ser examinada para saber se intervenção estatal é ou não válida. Assim, se a intervenção tiver fundamento constitucional, se está diante de uma não violação, mas de uma restrição a direito fundamental assegurada constitucionalmente<sup>472</sup>.

É evidente que essa estrutura alexyana está conforme o pensamento da teoria externa, na medida em que define o objeto da proteção após examinarem-se as intervenções formuladas. Sobre isso, se falará detalhadamente mais adiante, quando apresentadas as principais características das teorias interna e externa.

Cabe ainda registrar que Robert Alexy<sup>473</sup>, ao desenvolver sua reflexão sobre âmbito de proteção e suporte fático, restringiu sua teoria para apenas tratar de pretensões de defesa ou de

---

<sup>467</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.302.

<sup>468</sup> E aqui a teoria se refere ao suporte fático abstrato e não ao concreto.

<sup>469</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.303-307.

<sup>470</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.71 e 73-74.

<sup>471</sup> *Ibidem*, p.73.

<sup>472</sup> No particular, enquanto Alexy e Borowski defendem que a fundamentação constitucional seja contraposta ao suporte fático, Virgílio Afonso da Silva propõe um modelo alternativo em que se inclui a ausência de fundamentação no conceito de suporte fático. Assim, enquanto para Borowski poder-se-ia apresentar a seguinte formulação lógica: se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx (onde AP é o âmbito de proteção; IE é a intervenção estatal; FC a fundamentação constitucional; e CJ a consequência jurídica), para ele a formulação correta seria: se (APx e não-FC(IEx), então CJx). Em suas palavras: “se x é algo permitido pelo âmbito de proteção de algum direito fundamental (APx) e se não há fundamentação constitucional para uma ação estatal que intervém em x (não-FC(IEx), então, deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJx)”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.75).

<sup>473</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2008, p.302.

liberdade, e não as pretensões positivas, remetendo a teorização destas ao sopesamento de princípios<sup>474</sup>.

Após lembrar que nem todos os direitos a prestações em sentido amplo são direitos sociais, eis que, como aqui mesmo já defendido, os direitos civis e políticos também reclamam providências positivas (direito a proteção e direitos a organizações e procedimentos), Virgílio Afonso da Silva<sup>475</sup> lembra que para aqueles – os sociais e os direitos a prestações em sentido amplo – deve-se reavaliar as variáveis do suporte fático. Assim, quanto ao âmbito de proteção de um direito social, afirma que ele é “composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”; quanto a intervenção estatal, se antes ela significava agir de forma restritiva, agora ela resulta em não agir ou agir de forma insuficiente; já a fundamentação constitucional, ela agora passa a ser da omissão ou da ação insuficiente.

É exatamente na exigência dessa fundamentação constitucional que se pode compreender o modelo de Robert Alexy<sup>476</sup> quando ele defende que a posição dos direitos sociais somente pode ser definitivamente satisfeitos se (1) a liberdade fática exigir de forma premente, e (2) se a separação dos poderes e o princípio democrático (3) bem como os princípios materiais colidentes não forem afetados de forma significativa. Ou seja: para os direitos sociais, ou há fundamentação que justifique a omissão ou a ação insuficiente, examinadas as possibilidades fáticas e jurídicas<sup>477</sup>, ou a negação em implementá-los não é legítima.

Numa síntese: enquanto José Carlos Vieira de Andrade, J.J. Gomes Canotilho e Gilmar Ferreira Mendes defendem a noção de que no âmbito de proteção deve-se examinar o que se protege e a forma ou modo de exercício de cada direito; Robert Alexy, Martin Borowski e Virgílio Afonso da Silva<sup>478</sup> incluem a estes o elemento intervenção estatal, sem o qual não se pode extrair consequência jurídica da proteção.

Diante desse quadro, para se examinar a legitimidade da conformação ou da restrição, é indispensável saber o que está protegido ou o que não está. Para tanto, questão muito debatida, na doutrina, diz respeito ao alcance genérico do âmbito protegido dos direitos fundamentais, apresentando a doutrina duas grandes concepções conhecidas como teoria

---

<sup>474</sup> *Ibidem*, p. 461 e 511 *et seq.*

<sup>475</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.76-78.

<sup>476</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.512.

<sup>477</sup> *Ibidem*, p.464.

<sup>478</sup> Lembrando-se que este ainda inclui a fundamentação constitucional para a intervenção.

ampla ou teoria restrita, anotadas por Robert Alexy<sup>479</sup> e Joaquín Brade Camazano<sup>480</sup>. Na doutrina brasileira, cuidou de apresentá-las, dentro outros, Virgílio Afonso da Silva<sup>481</sup> e Felipe de Paula<sup>482</sup>.

A definição por um suporte fático amplo ou restrito tem implicações das mais variadas, porque tanto é possível construir um conceito de suporte fático que abarque a totalidade das condições para que a consequência jurídica ocorra, quanto se pode separar o suporte fático da sua cláusula de restrição.

### 3.3.2 Suporte Fático Restrito

O suporte fático restrito pressupõe que para uma determinada norma de direito fundamental existem, *a priori*, inúmeras ações, estados ou posições. Assim, o que se considera como suposta restrição ao direito fundamental, na realidade, não é mais que um setor excluído do âmbito do próprio direito em questão e, nesse caso, não há restrição, mas de uma análise correta do “radio de acción del derecho fundamental, que debe concebirse de um modo más estricto o estrecho a com lo hacen los partidarios de las concepciones amplias”, como dito por Joaquín Brade Camazano<sup>483</sup>.

Pela noção de suporte fático restrito, a conduta permitida pelo direito fundamental é aquela que resiste às exclusões realizadas de posturas não protegidas pela norma. É por isso que se diz, muitas vezes, que um determinado direito fundamental não protege uma determinada postura do indivíduo, como, por exemplo, faz-se ao se afastar, preliminarmente, da proteção da liberdade de expressão, a prática de delitos contra a honra.

Nesse caso, não há restrição a direito fundamental, porque somente se restringe o que está, inicialmente, contido. Reversamente, se o direito fundamental não protege a conduta, a lei que a pune não está limitando o direito fundamental. Os exemplos dados por José Carlos Vieira de Andrade<sup>484</sup> bem revelam tal posição, quando questiona se poderia alguém invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos; ou invocar a liberdade artística para furtar material

---

<sup>479</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2008, p.307.

<sup>480</sup> CAMAZANO, Joaquín Brade. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.100.

<sup>481</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2009, p.79.

<sup>482</sup> PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.53.

<sup>483</sup> CAMAZANO, Joaquín Brade. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.100.

<sup>484</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.275.

necessário à execução de uma obra de arte; ou, ainda, invocar a liberdade de reunião para invadir coletivamente propriedade privada. Conclui que nestes casos, “o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, [sendo que] é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a protecção esse tipo de situações”<sup>485</sup>.

Não se trata, aqui, de um conflito entre dois valores constitucionais, mas da própria exclusão da protecção fundamental. Há, aqui, não exclusão da protecção, mas simplesmente está-se diante de não-protecção de algumas ações pelas normas que estabelecem os direitos fundamentais, como anotou Virgílio Afonso da Silva<sup>486</sup>.

Diante disso, restaria superar a questão fulcral para a teoria restrita: o que está protegido? Como excluir, de antemão, determinadas condutas do âmbito de protecção do direito fundamental?

José Carlos Vieira de Andrade<sup>487</sup> defende a concepção dos limites imanentes, por considerar útil no plano dogmático-prático, significando que está protegido pelo direito aquilo que, “com segurança e em termos absolutos” estão cobertos pelo direito. Após resumir criticamente o pensamento alheio - de que os direitos seriam limitados pela existência de outros direitos<sup>488</sup>, evitando-se assim o abuso e o prejuízo dos outros; pelas exigências mínimas da vida em sociedade<sup>489</sup>; pela limitação das leis gerais, isto é, pelas normas ordinárias imperativas, como a lei penal ou civil – defende que nele deve estar excluído o que atinge “intoleravelmente valores comunitários básicos ou princípios fundamentais da ordem constitucional”.

Apesar de ter ressalvado, contudo, que não significa isso a aceitação irrestrita da funcionalização dos direitos fundamentais, já que esta nunca pode atingir o exercício individual do direito, a posição parece bastante imprecisa e abre espaço ao preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, na concepção que oferece Karl Engisch<sup>490</sup>.

Embora essa postura tenha o mérito de afastar aprioristicamente condutas tidas pela doutrina e pela jurisprudência como evidentemente absurdas, sem necessidade de se recorrer a postulados de interpretação como a ponderação, está evidentemente calcada em critérios

---

<sup>485</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.276.

<sup>486</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.82.

<sup>487</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, 2009, p.278.

<sup>488</sup> Refere-se, no particular, aos limites de não-perturbação – Nichtstörungsschranken.

<sup>489</sup> Aqui a referência é a cláusula de comunidade – Gemeinschaftsklausel.

<sup>490</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.172-173.

abstratos de intuição ou evidência crítica.

Em todo caso, aqui não haveria restrição, mas delimitação do direito para dizer o que se considera ou não abarcado e protegido pelo direito fundamental. Também não haveria colisão, senão aparente.

Representante dessa teoria estreita Friedrich Müller<sup>491</sup> parte da análise da norma jurídica apontando para a existência da estrutura da norma que possui, ao mesmo tempo, um programa da norma - consistente num espaço dogmático do direito positivo - e um âmbito da norma, onde estaria a realidade a que a norma se refere ou, em sua expressão, “o recorte da realidade social em sua estrutura básica”. Nestes estão, não os pormenores materiais do conjunto de fatos da vida, “mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma”<sup>492</sup>.

Ao perceber o âmbito da norma, o jurista alemão acaba por introduzir na estrutura da norma o conteúdo e, com isso, os limites de cada direito fundamental. Logo, perde o sentido falar de restrição, porque agora o que se busca é o âmbito da norma, ou, noutras palavras, a extensão de sua validade.

Com base nisso, Virgílio Afonso da Silva<sup>493</sup> analisa o pensamento de Friedrich Müller para concluir que, segundo sua teoria, não há restrição externa a direito fundamental, mas apenas delimitação de seu conteúdo.

Logo, o contorno do direito fundamental deve ser bem definido, a priori, de forma a evitar colisões, sendo a o conceito decisivo da delimitação a especificidade, buscando sempre o conteúdo típico da norma de direito fundamental, como acentuou Joaquín Brade Camazano<sup>494</sup> ao refletir sobre a defesa de Friedrich Müller, acrescentando que uma modalidade de exercício é específica quando existe uma conexão material com a estrutura do âmbito normativo da norma.

Ao criticar a reflexão de Friedrich Müller, Robert Alexy<sup>495</sup> lembra que seu caso de aplicação teórico – o do pintor que realiza sua tarefa de produzir quadros no cruzamento viário – assim

---

<sup>491</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005, p.42.

<sup>492</sup> *Ibidem*, p.44.

<sup>493</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.87.

<sup>494</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.101.

<sup>495</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.315.



como seria inespecífico pintar naquele local, poderia ser pintar em qualquer outro local, se existente outro local, outro horário ou de outra forma. Na prática, seria retirar do titular do direito fundamental a liberdade de exercê-lo autonomamente.

O pensamento de Friedrich Müller acerca do suporte fático restrito, tal qual a reflexão daqueles que defendem a teoria restrita, tem a vantagem de apresentar uma solução simples, capaz de evitar conflitos jurídicos em situações descabidas, porque baseado num modelo em que se sabe, de antemão, o que configura e o que não configura o direito fundamental. Todavia, a dificuldade de definir o critério das exclusões pode acabar por comprometer a higidez do pensamento, relegando-o a uma abordagem hermenêutica complexa, numa pós-modernidade cambiante e fluída, na qual a certeza é cada vez mais uma raridade.

De igual forma, a necessidade de conciliar o conteúdo com a evolução fático-temporal do direito, ou a necessidade de atualização do âmbito de proteção da norma definidora de direito fundamental, exige uma abordagem dinâmica e não estática do direito. Por isso, a interpretação constitucional teria que desenhar o conteúdo com base numa análise histórica, levando em conta o contexto histórico-cultural da norma, analisada diante da aproximação teórica defendida por Peter Häberle<sup>496</sup> ao preconizar uma teoria constitucional assentada na possibilidade, na necessidade e na realidade, assim como diante da visão sistemática da norma fundamental, em razão da indispensável noção da unidade da Constituição.

Do pensamento posto é possível perceber que o ponto em comum dessa teoria reside em encontrar a essência de determinado direito; não se admitindo a colisão entre eles, mas a noção de espaço próprio de cada um. No particular, foi esse o resumo sistematicamente posto por Virgílio Afonso da Silva<sup>497</sup>.

### **3.3.3 Suporte Fático Amplo**

Todas as estratégias argumentativas baseada na teoria do suporte fático restrito dos direitos fundamentais tem como principal tarefa fundamental o que se incluiu e o que não se inclui no âmbito de proteção desse direito, bem como definir qual a extensão do conceito de intervenção estatal nesse âmbito.

---

<sup>496</sup> HÄBERLE, Peter. The Constitutional State and Its Reform Requirements. *Ratio Juris*, v.13, n.1, March 2000, p.87.

<sup>497</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.82.

Já a adoção de um modelo de suporte fático amplo, como apresenta Virgílio Afonso da Silva<sup>498</sup> está livre dessas tarefas, “já que 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”.

O foco, aqui, está na argumentação acerca do momento da fundamentação da intervenção, projetando uma nova tarefa ao constitucionalismo discursivo<sup>499</sup>, de apresentar as justificativas constitucionais que ensejam a restrição posterior do direito fundamental, na medida em que se admite, inicialmente, amplo leque de proteção.

Enquanto as exclusões *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais representa a tese central das teorias que se baseiam em um suporte fático restrito, as teorias que se baseiam no suporte fático amplo rejeitam a tese da exclusão *a priori*, admitindo, em princípio, toda ação possível, mas submetendo direito fundamental a sopesamento em situações concretas antes de decidir pela proteção definitiva ou não. Tudo que tematicamente é relacionado com o direito é protegido *prima facie* mas poderá sofrer restrições posteriores.

Enquanto no suporte fático restrito se busca, desde já, o que é definitivamente protegido, no suporte amplo essa definitividade é cambiante e somente vai ocorrer após realizar-se o sopesamento em situações concretas. O que é protegido *prima facie*, no suporte restrito, é o definitivo, enquanto no suporte amplo, admite-se uma proteção inicial ampla que abarca toda e qualquer conduta, ação, estado ou posição jurídica que tenha característica que, isoladamente, faça parte do chamado âmbito temático de um determinado direito fundamental, independente da consideração de outras variáveis, como informa Virgílio Afonso da Silva<sup>500</sup>.

Todavia, essa proteção inicial poderá sofrer restrições posteriores, sendo que, nesse caso, deverá ser examinada se a restrição foi fundamentada constitucionalmente, ou se estar-se diante de restrição indevida (inconstitucional). Assim, fica evidentemente claro que, para o suporte amplo, o direito fundamental não é absoluto, eis que seu conteúdo será sempre contornável, posteriormente e no momento do exercício, no caso concreto.

No clássico exemplo de Müller – do pintor que realiza sua tarefa de produzir quadros no cruzamento viário – a conduta do artista está, inicialmente, contemplada pelo direito

---

<sup>498</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.94.

<sup>499</sup> A este propósito, confira-se: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

<sup>500</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2009, p.109.

fundamental, todavia, a restrição posterior, analisada no caso concreto, afasta a possibilidade. Foi isso que levou Felipe de Paula<sup>501</sup> a realçar a existência de um *iter* da definição efetiva de um direito, sendo “um a significar, de início, o que é protegido *prima facie*; outro a significar, depois, o que é protegido em definitivo”.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>502</sup> lembra que ao separar o direito fundamental de sua restrição, como duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então haveria inicialmente, “um direito não limitado que, com a imposição das restrições, converte-se num direito limitado (*ingeschränktes Recht*)”.

A estrutura do direito fundamental, nesse caso e para a teoria dos direitos fundamentais assentada no suporte fático amplo, é dinâmica e atualizada em cada caso que se apresenta ao aplicador do direito. A definição do que é protegido é cambiante, dependente do cumprimento de pressupostos de justificação constitucional das intervenções feitas ao perceber-se a definitividade do direito protegido. Nesse caso, a centralidade do exame reside na observação acerca da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais.

Deve-se, ainda, notar que a matriz alexyana apóia-se, confessadamente<sup>503</sup>, na teoria do suporte fático amplo, por entender que ela melhor permite uma aproximação de decisões corretas, tanto do ponto de vista substancial, quanto do ponto de vista da competência.

Joaquín Brade Camazano<sup>504</sup>, na mesma direção, após registrar que a teoria do suporte amplo é a mais seguida nos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Espanha, bem como pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, defende que o suporte amplo fornece a proteção do direito fundamental uma maior possibilidade, exigindo da restrição um esforço adicional de justificação rigorosa, com apóio em critérios rígidos e estreitos, o que forneceria uma proteção bem ampla do direito examinado. Ademais, essa definição colocaria os direitos fundamentais numa posição central do sistema jurídico.

A crítica ao suporte restrito repousa, sobretudo, na fluidez da definição do que está protegido, ou mesmo em seu conservadorismo ou arbitrariedade, com os riscos inerentes de definições muito estáticas, não compatíveis com a cambialidade da realidade complexa, num modelo de definições apriorísticas. Mas a teoria do suporte amplo também não passa de forma acrítica,

---

<sup>501</sup> PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.61.

<sup>502</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25.

<sup>503</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.309 e 332.

<sup>504</sup> CAMAZANO, Joaquín Brade. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.107.

na medida em que se relativizou o conteúdo do direito fundamental, reduzindo assim a sua barreira real e visível de proteção, ou mesmo se admitindo, ainda que *prima facie*, ações claramente despropositadas, como matar ou torturar, passando a admitir uma desnecessária conflituosidade decorrente da falsa impressão de que os direitos poderiam ser inicialmente fruídos e que a restrição somente viria posteriormente. O problema é que esse posteriormente poderia, na prática, fazer com que muitos vivessem a interpretação constitucional a seu modo, numa hermenêutica constitucional que nem sempre é realizada pela jurisdição constitucional, como Peter Häberle<sup>505</sup> demonstrou.

A partir desse ponto, evidente que a resposta para a indagação acerca da constitucionalidade das possíveis intervenções/restrições aos direitos fundamentais, torna-se indispensável, razão porque se abordará os critérios norteadores da análise acerca da validade ou não delas, nos tópicos posteriores. Antes porém, necessário abordar a teoria interna e externa, para melhor compreensão da temática ora desenvolvida.

### 3.4 TEORIA INTERNA E TEORIA EXTERNA E LIMITES IMANENTES

#### **3.4.1 Considerações iniciais acerca das teorias interna e externa dos direitos fundamentais**

Consoante defesa de Felipe de Paula<sup>506</sup>, as teorias restritivas de suporte fático dialogam com mais afinamento com a teoria interna, em que é possível delimitar o objeto ou o conteúdo, *a priori*, do direito fundamental, enquanto a teoria ampla se baseia, mais fortemente, na lógica desenvolvida pela teoria externa em que, de modo geral, o direito em si e sua restrição são examinados em duas etapas distintas.

Como indica Karl August Bettermann<sup>507</sup>, a controvérsia acerca da teoria interna ou externa, inspirada nos estudos acerca do abuso de direito, debate se os limites do exercício do direito provêm de fora do direito subjetivo, limitando o direito no caso particular de seu exercício, ou

---

<sup>505</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

<sup>506</sup> PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.53-54.

<sup>507</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1518.

se os limites do direito derivam de seu próprio conteúdo.

Assim, enquanto para a teoria interna, o direito fundamental é visto em sua posição definitiva, enquanto para a segunda posição, o direito fundamental consagra posição *a priori*, passível de restrição posterior para que se possa encontrar a definitividade do direito<sup>508</sup>.

No tópico posterior (referente aos controles às restrições aos direitos fundamentais, onde se situa o limite dos limites e, especialmente, a conteúdo essencial) examinar-se-á o controle às restrições feitas. Neste, a preocupação reside em apresentar teoria capaz de resolver conflitos e permitir convivência entre os direitos fundamentais potencialmente colidentes entre si e suas restrições.

O problema, embora não com exclusividade, é marcante para aqueles que defendem o suporte amplo dos direitos fundamentais, porque, nesse caso, a colisão entre os direitos fundamentais é ainda mais evidente, tendo em vista a aceitabilidade ampla de condutas no rol de proteção de cada direito.

Ao contrário do que se possa inicialmente imaginar, a aceitação do suporte fático restrito não significa necessariamente a aceitação da teoria interna ou, vice-versa, que o suporte amplo guarda imediata e exclusiva relação com a teoria externa. A existência de uma teoria interna e outra externa não é uma mera reprodução do debate entre suporte restrito e amplo.

Como advertiu Virgílio Afonso da Silva<sup>509</sup>, falar em extensão do suporte fático não implica falar da relação entre o direito e suas restrições, já que mesmo no suporte fático restrito se poderá observar aplicação da teoria externa que relaciona o direito em si com suas possíveis restrições ofertadas pelas premissas da teoria externa. Assim, ainda que se excluam, à priori, algumas condutas do âmbito de proteção do direito fundamental, o que resta poderá ser objeto de restrição posterior.

Importa ainda registrar o vínculo entre a teoria interna e o comunitarismo, bem como a ligação que se faz entre a teoria externa e o individualismo, como anotara Jorge Novais Reis<sup>510</sup>.

Dentre os críticos da teoria externa, é comum obviar-se a matriz liberal e individualista dessa

---

<sup>508</sup> No mesmo sentido, confira-se Martin Borowski (BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.31 *et seq*).

<sup>509</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.158.

<sup>510</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

proposta, eis que extremamente vinculada à proteção das chamadas esferas de liberdades individuais, na medida em que amplia enormemente a esfera da proteção dada pelo direito fundamental, ainda que a princípio, desprezando os valores comunitários e mesmo a função social dos direitos fundamentais, cujo teor já foi aqui examinado. Robert Alexy, por exemplo, faz tal ligação<sup>511</sup>.

Tal posição é fortemente rejeitada pelo pensamento de Felipe de Paula<sup>512</sup> em razão de dois equívocos que aponta: o primeiro, porque nem todos os adeptos da chamada teoria interna possuem visão comunitarista ou não liberal; a segunda porque a teoria externa não implica necessariamente numa visão individualista, eis que simplesmente parte da noção de que primeiro nasce o direito e após nascem as suas restrições<sup>513</sup>, logo, admitindo a restrição posterior inclusive com a justificação comunitária.

Não obstante, não se pode negar que na teoria externa, ao menos simbolicamente, primeiro nasce o direito amplíssimo, para depois se vislumbrar a restrição de fundamento comunitário. Sendo assim, ao menos na perspectiva inicial, é de considerar-se algum traço de individualismo na teoria, ainda que se possa corrigir tal intensidade posteriormente.

Numa síntese inicial, a teoria interna entende que o direito fundamental e seus limites são algo uno, ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito, ao passo em que a teoria externa convive com os fatores externos ligados a sopesamento entre princípios, ponderação ou proporcionalidade<sup>514</sup>.

Sendo assim, torna-se indispensável apresentar as referidas teorias interna e externa, revelando a fundamentação para ambos os enfoques. É o que se passa a fazer.

### **3.4.2 Teoria interna dos direitos fundamentais**

Como esclarecido, a teoria interna significa que o processo de definição do que é protegido

---

<sup>511</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.278.

<sup>512</sup> PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.67-68.

<sup>513</sup> No particular, Robert Alexy afirma: “O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição” (ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2008, p.277 e 309).

<sup>514</sup> Tratando dos postulados específicos e inespecíficos, cabe o registro da obra do professor Humberto Ávila, posto na seguinte obra: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

pelo direito, definitivamente, é interno ao próprio direito. Foi isso que levou Martin Borowski<sup>515</sup> a anotar que “*según la teoría de los derechos no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado*”.

Disso decorre que para a teoria interna existe apenas um objeto, qual seja, o direito com seus limites iminentes. Logo, é com base nesse raciocínio que Martin Borowski<sup>516</sup> diferencia restrição de limitação, para situar a restrição como uma atividade externa ao direito.

O esquema elaborado por J.J. Gomes Canotilho<sup>517</sup> bem representa a teoria interna ao ser estruturado em: (a) os direitos e os respectivos limites são iminentes a qualquer posição jurídica; (b) o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta da compreensão desse direito “nascido” com limites; e, (c) o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetivo desse direito.

Diante desse quadro, ou se está abarcado pelo direito fundamental, ou não se está.

Sendo assim, como sustentou Virgílio Afonso da Silva<sup>518</sup>, os direitos definidos pela teoria interna são sempre acabados e definitivos, prontos para aplicação, por possuírem a estrutura de regras jurídicas e não de princípios, secundado pelo clássico tudo-ou-nada, e que não pode ser objeto de sopesamento. Por isso, conclui ser impossível a distinção, na teoria interna, do direito *prima facie* e do direito definitivo, eis que seu pressuposto central é o da “unificação da determinação do direito e de seus limites iminentes”<sup>519</sup>. A defesa formulada por Robert Alexy não deixa dúvidas, quando afirmou que tudo depende da compreensão do que seja o direito fundamental, se regra ou se princípio<sup>520</sup>, sendo que “se se parte de posições definitivas [de regras, portanto], então, a teoria externa pode ser refutada. Se se parte de posições *prima facie* [de princípios, portanto], então, é a teoria interna que o pode ser”<sup>521</sup>.

Segundo esta noção, não existem duas categorias distintas, de um lado o direito fundamental, e do outro, a restrição a este direito, mas tão somente a existência do direito fundamental, com

---

<sup>515</sup> BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.20, N.59, 2000, p.32.

<sup>516</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>517</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p.349.

<sup>518</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.129.

<sup>519</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>520</sup> No mesmo sentido, confira-se o pensamento de Martin Borowski (BOROWSKI, Martin. *Op. cit.*, 2000, p.39-40).

<sup>521</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.278.

um conteúdo determinado, dado pelo seu limites concreto. É nesse caso que, como defende Martin Borowski<sup>522</sup> - mesmo salientando o uso da terminologia sem distinções, na prática - não faz sentido falar há restrição, mas sim limite conceitual do direito, que se tornou conhecido por “limite imanente” do direito fundamental.

Sendo assim, o ônus que tem a teoria interna é o de demonstrar o conteúdo do direito, a partir das limitações internas, a dispensar as restrições exteriores e realizadas num momento posterior. É aqui que se recorre ao limite imanente, para ajustar o conteúdo do direito fundamental.

Exatamente porque não são absolutos, os direitos fundamentais, para a teoria interna, recorre a figura dos limites imaneses definidos, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição. Retome-se o pensamento de José Carlos Vieira de Andrade<sup>523</sup> quando defendeu a concepção dos limites imaneses significando que está protegido pelo direito aquilo que, “com segurança e em termos absolutos” estão cobertos pelo direito.

Ao analisar a questão, Virgílio Afonso da Silva<sup>524</sup> lembra que é tarefa da interpretação constitucional tornar seus contornos mais claros possíveis, recorrendo ao binômio declarar/constituir para dizer que enquanto no caso de colisões entre direitos se constituem novas restrições a direitos fundamentais, no caso dos limites imaneses se declara o conteúdo previamente existente.

Como realçado, linhas acima, o contorno do direito fundamental deve ser bem definido, a priori, de forma a evitar colisões, sendo a o conceito decisivo da delimitação a especificidade, buscando sempre o conteúdo típico da norma de direito fundamental, como acentuou Joaquín Brade Camazano<sup>525</sup> ao refletir sobre a defesa de Friedrich Müller, acrescentando que uma modalidade de exercício é específica quando existe uma conexão material com a estrutura do âmbito normativo da norma.

O esforço de Gavara de Cara<sup>526</sup> para definir o limite imanente parte da ideia de que se busca o que é inerente, natural e necessário a um determinado objeto em análise, sendo, assim,

---

<sup>522</sup> BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Revista española de derecho constitucional, Año n.20, N.59, 2000, p.32.

<sup>523</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.278.

<sup>524</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.132.

<sup>525</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.101.

<sup>526</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.273.



*“inmanente serían todas aquellas características que están vinculadas inseparablemente con la propiedad específica de un objeto, de tal modo que no supera, no sobrepasa o infringe sus límites”.*

Como se nota, a busca é por uma essência do direito fundamental. Por isso, é limite imanente dos direitos fundamentais e não aos direitos, como advertiu Felipe de Paula<sup>527</sup>.

Neste sentido, pode-se considerar que pertencem ao suporte fático do direito fundamental exclusivamente as ações específicas, ou seja, ações que não podem ser substituídas por nenhuma outra, sob pena de se extravasar o âmbito de proteção. Dessa forma, no exemplo já ofertado – do pintor que desenvolve sua atividade num cruzamento movimentado – a tarefa de pintar é específica da atividade artística, mas o local onde realiza a ação pode ser alterado por ser inespecífico, podendo ser exigida a alteração do cenário, sem que comprometa a atividade de expressão da arte. Logo, o local não está protegido. É exatamente a isso que se refere Martin Borowski<sup>528</sup> quando exige a separação entre aquilo que chama de conteúdo aparente do direito fundamental e seu conteúdo verdadeiro.

A teoria interna foi criticada por Robert Alexy<sup>529</sup> tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material. Do ponto de vista material, ele lembra que tornar a atividade extremamente específica a fim de enquadrá-la no âmbito normativo reduz a liberdade jusfundamental do indivíduo de escolher como exercer seu direito fundamental. Na quadra formal, sustenta que se os critérios da especificidade não forem capaz de justificar a delimitação do âmbito normativo, é porque existem outros critérios, no caso, outros bens jurídicos que devem ser resguardados se confrontados com aquele direito fundamental (a liberdade de trânsito, por exemplo, no caso do pintor no cruzamento de ruas). Logo, exige-se um sopesamento. Com base nesse argumento, propõe a inaceitabilidade da teoria interna e passa a defender a teoria externa, cuja noção será examinada logo em seguida.

Pela teoria interna, apesar da dificuldade de justificar o que está incluído ou não no âmbito de proteção, pode-se conhecer claramente qual o conteúdo do direito que se quer proteger, dando mais certeza ao espaço de proteção da cidadania e não incorrendo na deslealdade de prometer-se muito e, efetivamente, dar-se pouco.

---

<sup>527</sup> PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.75.

<sup>528</sup> BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.20, N.59, 2000, p.33.

<sup>529</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.314-316.

Ademais, cabe assinalar que, quando a amplitude semântica não permitir clara e inicialmente a determinação apodítica do conteúdo de determinado direito fundamental, a tarefa de construir esse conteúdo será de toda a comunidade aberta de intérpretes da constituição, como defendeu Peter Häberle<sup>530</sup>, a partir da especificidade de cada direito e do grau de amadurecimento social derredor das conquistas ofertadas pelas noções bem marcadas do estado social, na busca da liberdade real.

### 3.4.3 Teoria externa dos direitos fundamentais

Quando se examina a teoria externa, imediatamente surgem dois elementos: o direito propriamente e suas restrições. Dessa forma, primeiramente há o direito em si, não restringido e, em segundo momento, a possibilidade do direito ser restringido.

É exatamente nesse espaço que se semeia a técnica do sopesamento como forma de solução das colisões entre os direitos fundamentais e, ao postulado da proporcionalidade, com seus três desdobramentos analiticamente abordados por Humberto Ávila<sup>531</sup>, quais sejam, o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo dessa maneira, as restrições não influenciam o conteúdo do direito, mas apenas têm o condão de afetar o modo de exercício dos referidos direitos, sempre no caso concreto, como anotou Virgílio Afonso da Silva<sup>532</sup>.

Ao contrário do que se disse acerca da teoria interna e sua ligação com a estrutura normativa de regras, a teoria externa está viceralmente vinculada à teoria dos princípios que, de forma simplificada, sustenta que os direitos fundamentais constituem direitos *prima facie* que somente após o acerto do caso concreto tornam-se definitivos. Possuindo natureza de princípio, representam normas que ordenam que algo seja realizado da maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes, no pensamento externado por Robert Alexy<sup>533</sup> que conclui referindo-se a eles como mandamentos de otimização.

---

<sup>530</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, *passim*.

<sup>531</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>532</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.158.

<sup>533</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90 e 103-104.

Logo, possuindo natureza principiológica, não dispõe previamente de extensão de seu conteúdo porque isso dependerá da operação posterior de solução dos conflitos surgidos e das possibilidades fáticas que se apresentam.

A matriz alexyana, como já consignado nesse trabalho, apóia-se, confessadamente<sup>534</sup>, na teoria do suporte fático amplo, por entender que ela melhor permite uma aproximação de decisões corretas, tanto do ponto de vista substancial, quanto do ponto de vista da competência e, com isso desenvolve seu pensamento em torno da defesa da teoria externa.

A definição do conteúdo definitivo do direito fundamental, para essa teoria, parte de fora do direito, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentarem, sendo que as restrições jurídicas podem se dar por meio de regras ou de princípios. No primeiro caso, a regra estabelecida restringe o direito fundamental que, inicialmente, estava garantido, condicionando o exercício dele de forma definitiva. No segundo, baseada em princípios, a restrição adviria de solução para a chamada colisão entre princípios, que afastaria temporariamente e no caso concreto a aplicação de um dos princípios, fazendo prevalecer o outro.

Grande mérito desta teoria de limites aos direitos fundamentais é precisamente a possibilidade de controle da atividade interventora dos poderes constituídos no âmbito normativo dos direitos fundamentais, já que a restrição deve ser, sempre, constitucionalmente fundamentada.

Identificada uma determinada intervenção estatal como de restrição, esta deverá adequar-se às reservas constitucionais, como a reserva de lei simples ou qualificada<sup>535</sup>, bem como deverá atender ao postulado da proporcionalidade.

A teoria externa, por outro lado, oferece-se a clareza da definição do conteúdo da norma de direito fundamental quando se analisam as restrições promovidas por regras, deixa a desejar quando a restrição decorre do sopesamento entre princípios, porque aqui a atuação redutora sempre poderá ampliar-se, no caso concreto.

Dentre as diversas críticas feitas à teoria externa<sup>536</sup>, destaco a possibilidade de tornar o direito fundamental uma ilusão desonesta porque de nada vale a existência de um direito amplo

---

<sup>534</sup> *Ibidem*, p.309 e 332.

<sup>535</sup> Tal distinção já foi apresentada, nesse estudo, quando se tratou da restrição/limitação dos direitos fundamentais.

<sup>536</sup> Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, aponta a contradição lógica; a ilusão desonesta; a ausência de racionalidade no sopesamento; o problema da insegurança jurídica que gera; a inflação judiciária e a criação de direitos irrealis. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009).

(prima facie) que não é garantido definitivamente, ou seja, criar-se-ia uma ilusão, uma fantasia. Foi isso que levou Martin Borowski<sup>537</sup> a refutar tal pensamento, uma vez que se basear em um direito *prima facie* para atingir, tão logo, um direito definitivo é o mesmo que “criar expectativas sem fundamento.” Sendo assim, o direito definitivo só ocorrerá mediante o resultado da colisão e o peso de cada um no caso concreto. Seriam direitos miragens que, ao neles torçar-se, desaparecem.

Além disso, a crítica a ausência de racionalidade<sup>538</sup>, que diz que todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado, se pode ser resolvido pelos parâmetros que permitam algum controle de argumentação, conforme defesa feita por Virgílio Afonso da Silva<sup>539</sup> e Ana Paula Barcelos<sup>540</sup>, na prática gera a incerteza e a insegurança no direito, levando o destinatário a conhecer somente após a ponderação feita pelo Poder Judiciário aquilo que ele deveria, para poder agir seguramente, saber antes de tomar sua decisão<sup>541</sup>. Parece pouco, num país ainda tão autoritário em que ainda não se implementou sequer o dever de fundamentação das decisões judiciais, que a previsibilidade da atividade jurisdicional possa ser oferecida a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional.

De qualquer modo, a teoria externa não enfrenta o problema de encontrar o conteúdo imanente do direito, permitindo um diálogo constitucional construtivo que, se bem feito, pode oferecer soluções constitucionalmente adequadas. Todavia, a jurisdição constitucional necessitaria ser bem trabalhada, de modo a evitarem-se os decisionismos bem típicos dos países de modernidade tardia, como o Brasil, no qual o bem estar social ainda não foi experimentado pela coletividade.

### 3.5 ACHEGA AOS DIREITOS SOCIAIS

A delimitação dos direitos sociais, tomados com a restrição temática aqui posta, ou seja,

---

<sup>537</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.197.

<sup>538</sup> Martin Borowski, por exemplo, lembra que “Ante todo es de admitir que no se conoce un parámetro vinculante para decidir preguntas normativas mediante ponderación”. (BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.20, N.59, 2000, p.42).

<sup>539</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2009, p.148.

<sup>540</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.105 *et seq.*

<sup>541</sup> Nesse sentido, confira-se a crítica feita por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 jul. 2010, p.10).

havidos como direitos à prestação em sentido estrito, como indica Robert Alexy<sup>542</sup>, igualmente perpassa pelas questões acima indicadas.

Definir o que está inserido no âmbito de proteção do direito social, bem como as estratégias indispensáveis para a sua conformação, diante das dificuldades normativas e fáticas reiteradamente formuladas, não tem sido tarefa fácil, levando muitos ao discurso fácil e equivocado da reserva do possível. Esta teoria estaria apta a justificar o direito subjetivo *prima facie* vinculante, resalvando o direito subjetivo definitivo vinculante, ligado à ideia do mínimo existencial<sup>543</sup>.

Essa falácia da reserva do possível no direito brasileiro, na feliz expressão defendida por Andreas Joachim Krell<sup>544</sup>, representa uma introdução indevida no sistema jurídico brasileiro, decorrente de um equivocado desenvolvimento do Direito Constitucional Comparado, sobretudo onde não tem sido difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, enfraquecendo a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais sociais.

Apesar disso, o esforço de delimitação – conformação – dos direitos sociais, ainda que apartando os minimalistas – que defendem um status social mínimo ou de um domínio de um espaço vital mínimo – e os maximalistas – que reclamam uma realização completa dos direitos fundamentais, o que Robert Alexy<sup>545</sup> defende é que há exigibilidade jurisdicional do direito fundamental, ainda que social, sempre que o legislador atua aquém do que está obrigado a fazê-lo – permeia exatamente a tentativa de definição de um suporte fático desses direitos, ora lastreando-se na teoria interna, ora na teoria externa.

A dificuldade de aplicação aos direitos sociais levou Robert Alexy<sup>546</sup>, ao desenvolver sua reflexão sobre âmbito de proteção e suporte fático, a restringir sua teoria para apenas tratar de pretensões de defesa ou de liberdade, e não as pretensões positivas, remetendo a teorização destas ao sopesamento de princípios: “a questão acerca de quais direitos fundamentais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”<sup>547</sup>, tendo de um lado a liberdade fática e do outro a competência decisória do legislador democrático e a

---

<sup>542</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.201-203 e 442-450.

<sup>543</sup> *Ibidem*, p.502.

<sup>544</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p.47.

<sup>545</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p.518-519.

<sup>546</sup> *Ibidem*, p.302.

<sup>547</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.511.

separação de poderes, em suas palavras.

A verdade é que o pensamento de Robert Alexy devolve a questão à teoria dos princípios, em que o direito *prima facie* será definitivo apenas após a ação do conformador dos direitos fundamentais, que, no particular, embora ressalve que a decisão de garantir os direitos não pode simplesmente ser deixada para a maioria parlamentar<sup>548</sup>, acabaria por ter seu conteúdo prático esvaziado. Foi por isso que tentou corrigir tamanha frustração quando assentou o espectro de possibilidades da jurisdição constitucional que varia desde a simples constatação da inconstitucionalidade, passando pela cominação de prazo a implementar a medida legislativa compatível com a constituição até a plena determinação judicial daquilo que a constituição obriga<sup>549</sup>.

Virgílio Afonso da Silva<sup>550</sup> lembra que para os direitos a prestações em sentido amplo deve-se apenas reavaliar as variáveis do suporte fático. Assim, quanto ao âmbito de proteção de um direito social, afirma que ele é “composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”; quanto a intervenção estatal, se antes ela significava agir de forma restritiva, agora ela implica não agir ou agir de forma insuficiente; já a fundamentação constitucional, ela agora passa a ser da omissão ou da ação insuficiente.

A conformação dos direitos sociais exigirá uma atuação legislativa construtora e realizadora o direito fundamental, na medida em que todos eles, os direitos de liberdade e os sociais, demandam, ao lado da dimensão negativa, uma dimensão positiva consistente no conjunto de medidas indispensáveis a garantia desse próprio direito, como aqui já se defendeu.

Uma teoria consistente que apresente um conteúdo essencial dos direitos sociais permitirá conhecer, de algum modo, o grau da omissão parlamentar, capaz de oferecer parâmetros de controle da argumentação jurídico-constitucional, apto a subsidiar possibilidades processuais-constitucionais que tornem os direitos fundamentais sociais em realidade, consagrando, assim, o neoconstitucionalismo na República Federativa do Brasil, um país rico, mas com um grau de efetivação constitucional ainda muito pobre<sup>551</sup>.

---

<sup>548</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>549</sup> *Ibidem*, p.514.

<sup>550</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.76-78.

<sup>551</sup> Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Pnad/IBGE) de 2009, o Brasil tem atualmente 14 milhões de analfabetos, o que representa 9,7% da população acima de 15 anos, conforme: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/default.shtm>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

## 4 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

### 4.1 O LIMITE DOS LIMITES

#### 4.1.1 Considerações iniciais em torno dos limites aos limites

Dentro da expressão limite dos limites se agasalham diversos institutos de requisitos formais e materiais impostos à atividade comissiva ou omissiva do legislador, no desempenho de sua tarefa de restringir ou conformar os direitos fundamentais, como ressaltou Luis Aguiar de Luque<sup>552</sup> „.

A expressão “limite dos limites” tributa-se a Karl August Bettermann<sup>553</sup>, em sua celebre conferência pronunciada em 4 de novembro 1964<sup>554</sup> perante a Berliner *Juristischen Gesellschaft*, quando discorreu sobre os limites dos direitos fundamentais evidenciando que a Lei Fundamental Alemã estabeleceu, nos artigos 1.1 e 19.2, uma barreira a toda intervenção estatal legislativa aos direitos fundamentais.

Como os direitos fundamentais apresentam uma estrutura aberta e flexível e não possuem, assim, um campo de incidência previamente delimitado, é necessária a atividade ulterior para, sob diversas perspectivas funcionais, como indica Jorge Bacelar Gouveia<sup>555</sup>, esclarecer e aclarar o conteúdo e o objeto dos direitos fundamentais; acomodar o respectivo exercício, tornando-o efetivo ou mais fácil; prevenir situações de abuso de exercício, estabelecendo os seus limites internos (ou externos, para quem submete-se aos pressupostos da teoria do suporte fático amplo); ou ainda de modo a evitar situações de colisão com outros direitos

---

<sup>552</sup> LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.14, enero-abril, 1993, p.25.

<sup>553</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1519.

<sup>554</sup> Como já assinalado, nessa conferência foi realizada a primeira menção a chamada “barreira das barreiras” - ou “limite dos limites” – creditando-se ao professor Karl August Bettermann a primeira reflexão científica sobre o tema, como informam: Joaquín Brage camazano (CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.28, nota 2; PULLIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes ao legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.518).

<sup>555</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ed, 2001, p.452.

contíguos, traçando, segundo a lógica da concordância prática, as fronteiras entre eles<sup>556</sup>. As colisões nascem, como indica Dimitri Dimoulis<sup>557</sup>, porque o exercício de um direito fundamental entre em conflito com outro ou com os demais valores ou bens jurídico-constitucionais.

Karl August Bettermann<sup>558</sup> também justifica a limitação para evitar o abuso do direito, ou para vedar a utilização dos direitos fundamentais para justificar posições meramente egoísticas, em razão da necessidade de preservação do direito alheio, ou para concertar a defesa da ordem moral, a necessidade de preservação da paz mundial, a segurança e a ordem públicas e a busca da paz interna.

As justificativas teleológicas que apresenta reclamam a providência das restrições, bem como a tarefa de traçar os limites que permitam o exercício harmônico dos direitos fundamentais colidentes.

A tarefa de restringir impõe essa atividade interventiva a qual se refere Cláudia Perotto Biagi<sup>559</sup> quando se refere ao justificar a necessidade de intervenção normativa do legislador, tanto para definir o contorno do âmbito de proteção quanto para assegurar o gozo dos direitos ao cidadão. Todavia, a abertura dos direitos fundamentais às ingerências e intervenção do legislador deve ser feita sob reservas, de modo a não permitir a desnaturação do próprio direito ou mesmo o seu completo esvaziamento.

Independente de se adotar a teoria interna ou externa, ou de discutir se a tarefa é de delimitação ou de restrição do direito fundamental, adverte Carlos Bernal Pullido<sup>560</sup>, que o importante é ter claro que toda intervenção legislativa deva estar sujeita a controle.

Isso porque essa delegação ao legislador não significa que ele pode, na tarefa de realização dos direitos fundamentais, de implementação e de estabelecimento dos marcos de sua concreção, agir livremente, desconsiderando a necessidade de obediência a quem lhe outorgou o dever-poder, quem seja, a própria Constituição.

---

<sup>556</sup> Evidentemente que essas tarefas variaram a depender se o suporte fático for considerado amplo ou restrito, como visto no capítulo anterior.

<sup>557</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.154.

<sup>558</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1535.

<sup>559</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.56.

<sup>560</sup> PULLIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes ao legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p.444 *et seq.*



As inspirações da revolução francesa, notadamente apoiada no pensamento de Jean-Jacques Rousseau, puseram na vontade geral, representada pela lei, a confiança e o poder de interferir na vida de todos os cidadãos do Estado, como preconizou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Dentro dessa perspectiva ideológica, afirma Karl August Bettermann<sup>561</sup>, a lei somente poderia ser vista como uma garantia da liberdade e não como sua adversária, não sobrando espaço para a concepção de que os direitos fundamentais vinculariam o legislador, inclusive, limitando-o.

Tal posição, diante da amarga experiência advinda da onipotência do legislador democrático-popular, nos horrores nazista e fascista, reclamara a compreensão de que os direitos fundamentais não foram postos à disposição do legislador, levando Herbert Krüger<sup>562</sup> a forjar sua plástica fórmula: antes os direitos fundamentais somente valiam segundo a medida das leis; hoje as leis somente valem na medida dos direitos fundamentais.

Enquanto o direito continental-europeu somente percebeu a necessidade de limitar a ação legislativa no início do século passado, percebendo de forma bastante cara que o legislador poderia abusar de sua liberdade de disposição, o constitucionalismo norte-americano, desde a fundação americana, estavam consciente disso. Tanto assim que conceberam os direitos fundamentais como barreiras à livre ação do legislador, na medida em que descreveram, no pórtico do artigo primeiro da Primeira Emenda, clara e expressa proibição ao Congresso dos Estados Unidos da Américas de limitar direitos fundamentais: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*"<sup>563</sup>.

Tanto a firme decisão americana e a trágica experiência europeia vivida pelo nazismo exigiram a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, pela qual a liberdade de limitação ou configuração dos direitos fundamentais outorgada ao legislador não lhe permite a possibilidade de ultrapassar os limites a ele impostos, dentre os quais, destaca-se o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que será objeto de uma análise mais completa adiante.

O poder de conformar não equivale à faculdade ilimitada de disposição, porque o legislador

---

<sup>561</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1517.

<sup>562</sup> KRÜGER, Hebert *apud* BETTERMANN, Karl August. *Op.cit.*, 2003, p.1519.

<sup>563</sup> Numa tradução livre: "O Congresso não pode promulgar uma lei que tenha por objeto a introdução de uma religião, ou que limite o livre exercício da religião; ou que diminua a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao Governo para que sejam feitas reparações por ofensas".

não recebeu um mandato livre, mas um mandato adstrito a uma vontade bem expressa no pacto maior. A possibilidade de se restringir não pode ser assumida de forma aleatória, sob pena de admitir a supressão, por via ordinária, do próprio direito fundamental estampado no Texto Constitucional ou, como anuncia Gilmar Ferreira Mendes,

da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanes ou ‘limites dos limites’ (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas<sup>564</sup>.

O limite à ação de legislar está posto de forma expressa na Declaração Francesa de direitos fundamentais, em seu artigo 5º, quando impunha à lei a obrigação de somente proibir ações nocivas à sociedade, como lembrou Karl August Bettermann<sup>565</sup>.

Ignacio de Otto y Pardo<sup>566</sup> debruça-se sobre o assunto para explicar que o limite do limite “*limita a possibilidade de limitar, porque señala um limite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentaes y de las liberdades publicas*”.

O limite dos limites – *Schranken-Schranken* – consite num conjunto de restrições à atividade limitadora e configuradora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o propósito de impedir o eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou mesmo a supressão do direito em questão, como advertiram Pablo Lucas Verdú<sup>567</sup> e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>568</sup>.

Inspirou nesse limite, Luis Aguiar de Luque<sup>569</sup> afirmou, com base no constitucionalismo português, que as restrições devem limitar-se ao que for “necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, así como que la ley restrictiva no sólo debe ser general, sino también restrictiva y no puede tener efectos retroactivos”.

---

<sup>564</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.41.

<sup>565</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1518.

<sup>566</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madri: Civitas, 1992, p.126.

<sup>567</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.183.

<sup>568</sup> “De outra parte, igualmente consagrado, de há muito, o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (Schranken-Schranken), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p.123).

<sup>569</sup> LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.14, enero-abril, 1993, p.15.

Sempre que uma área de proteção do direito fundamental for atingida é inaugurada uma relação tensão – *Spannungsverhältnis* – entre indivíduos ou grupos que desejam, ao mesmo tempo, condutas que são mutuamente exclusivas por motivos de ordem fática, instalando-se uma controvérsia envolvendo direitos fundamentais. É o que ocorre quando alguém deseja circular livremente em espaços coletivamente ocupados ou, noutro exemplo, quando se pretende a fruição individual de uma prestação de saúde e se depara com a alocação de recursos a outros sujeitos.

Essa relação de tensão decorre, quase sempre, de uma noção amplíssima do direito fundamental que, no olhar do leigo<sup>570</sup>, tudo admite e protege. Nesse caso, orienta Dimitri Dimoulis<sup>571</sup>, o poder público ou se abstém de regar a controvérsia, e nesse caso, acaba por limitar o direito coactado, ou atua regrado de forma a impor o dever de tolerância – *Duldungspflichten* – por parte do prejudicado ou determinando da proibição da atitude.

O poder público limita o direito fundamental<sup>572</sup> tanto pela ação quanto omissão normativa, administrativa ou material, política ou judicial. No caso das prestações negativas, ao deixar de regular ou ao fazer a opção pela fruição de um dos indivíduos em face do outro (ao proibir o sujeito de circular no espaço coletivamente ocupado), a ação pública limitou um direito fundamental, impedindo uma das condutas conflitantes. Noutro giro, para as chamadas prestações positivas, a omissão estatal, total ou parcial, em implementar o direito social à saúde, por exemplo, impedindo o interessado de fruir a assistência médica de que necessita, também configura limitação ao direito fundamental.

Com base nesse esclarecimento, Dimitri Dimoulis<sup>573</sup> consolida seu pensamento afirmando que a intervenção estatal na área de proteção do direito fundamental, assim, implica numa ação ou omissão que (a) impossibilite, total ou parcialmente, um comportamento abrangido pelo conteúdo do direito fundamental; ou, (b) que ligue o exercício do direito a uma consequência jurídica negativa mediante uma proibição sancionada pela ordem jurídica.

Como se nota, sempre haverá alguma intervenção estatal, cabendo perquirir quais os limites de exercício delas. Até onde pode ser restringir um direito fundamental ou até onde existe se

---

<sup>570</sup> No particular, para quem admite a teoria externa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a ação é protegida *prima facie*, sendo que o direito definitivo decorrerá do sopesamento entre os aspectos envolvidos na situação concreta. Para a teoria interna, ao contrário, o direito jamais admitiria tudo. Confira-se, à esse propósito, o tópico respectivo no capítulo anterior.

<sup>571</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009, p.130.

<sup>572</sup> E aqui, deixar de conformar ou de implementar o direito social equivale a limitar o seu exercício por parte do prejudicado.

<sup>573</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op.cit.*, 2009, p.132-133.

encontra a delimitação mínima de conformação desse direito.

A tarefa de concretizar ou de limitar os direitos fundamentais perpassa tanto por considerações formais, cujo espectro fora delineado no capítulo anterior, mormente quando se tratou da reserva de lei simples e qualificada e das restrições postas na própria constituição<sup>574</sup>, quanto por sujeições materiais.

As intervenções constringentes aos direitos fundamentais, além de dependerem de justificativa formal, devem mostrar-se materialmente justificadas. Não se pode restringir, por restringir, mas apenas em razão de um conteúdo claro que se pretende alcançar ou proteger com a restrição.

Após examinar diversos fundamentos que autorizariam a restrição, tal como o abuso do direito, a vedação da utilização dos direitos fundamentais para justificar posições meramente egoísticas, a necessidade de preservação do direito alheio, a defesa da ordem moral, a necessidade de preservação da paz mundial, a segurança e a ordem públicas e a busca da paz interna, Karl August Bettermann<sup>575</sup> conclui que, verdadeiramente, a síntese em torno das limitações gerais repousa na noção da igualdade entre todos porque ao não se aplicar uma lei geral restritiva – ou sequer construí-la – lesiona a isonomia de todos ante a lei, logo, a igualdade “limita, por tanto, todos aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio conduciría a una aplicación desigual de las leyes válidas para todos”.

A igualdade<sup>576</sup>, portanto, funciona como justificativa vetora das restrições aos direitos fundamentais, ora justificando a limitação posta, ora exigindo a configuração dos direitos que a concretizam, como única forma de garantia da liberdade real.

Nos limites postos ao presente estudo, aqui se acrescentará mais alguns requisitos às normas restritivas, e, um passo adiante, abrir-se-á a porta para o mais relevante deles, pela sua explícita consagração no neoconstitucionalismo, qual seja, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

---

<sup>574</sup> Confira-se, a esse propósito, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.286 e, entre nós, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009.

<sup>575</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1535.

<sup>576</sup> Sobre o conteúdo da isonomia, confira-se as seguintes obras seminais: LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005; e, entre nós, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, além do criterioso trabalho diferenciando isonomia como regra, como princípio e como postulado específico: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Fixado o âmbito de proteção do direito fundamental, cabe analisar em que medida eventuais leis restritivas possuem os requisitos indispensáveis à sua validade, de modo que, uma vez estabelecidas, não acabem por aniquilar o direito fundamental. Não sendo o conteúdo essencial o único instrumento garantístico, o presente estudo passa a sumariar outras exigências que, igualmente, impõem limites ao poder de limitar deferido ao legislativo.

#### **4.1.2 Os requisitos exigidos às leis restritivas**

##### **4.1.2.1 Requisito de reserva de lei formal**

A restrição do direito fundamental depende de ato normativo formal, elaborado pela autoridade constitucionalmente autorizada a inovar a ordem jurídica. Assim, as normas de restrições dependem de lei em sentido formal, autorizadas expressa ou implicitamente pela Constituição, como pontuaram Karl August Bettermann<sup>577</sup>, na Alemanha, e, no Brasil, Rodrigo Brandão<sup>578</sup>.

Preocupado com a autorização implícita, Jorge Novais Reis<sup>579</sup> salienta que se o controle é indispensável quando a Constituição admite expressamente a restrição, com muito mais rigor e acuidade se deve controlar das normas restritivas que não foram expressamente previstas.

É claro que a doutrina portuguesa está diante de uma evidente imposição prevista expressamente nos artigos 18.72, 165.72, 167 e 168 da Constituição Portuguesa, que impõem que os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei. Tais disposições, lembra J.J. Gomes Canotilho<sup>580</sup>, reafirmam a noção do parlamento como órgão “‘amigo’ das liberdades e da ‘reserva de lei do Parlamento’ como instrumento privilegiado da defesa dos direitos”.

Todavia, não se pode aplicar tal pensamento no Direito Constitucional brasileiro, na medida

---

<sup>577</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1520 e 1521.

<sup>578</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais*. Salvador-Ba, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010, p.22.

<sup>579</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.825.

<sup>580</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.612.

em que a cláusula de reserva legal subsidiária contida no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, permitiria tais restrições, como pontuou Gilmar Ferreira Mendes<sup>581</sup>, conclusão com a qual se opõe Rodrigo Brandão<sup>582</sup> por entender que o princípio poderia ser inferido tanto do dispositivo aqui indicado, quanto daqueles previstos nos artigos 37, caput, 62, II, e 68, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Brasileira.

O requisito, claro no Direito Constitucional Português, e também na pensamento Alemão, representado por Karl August Bettermann<sup>583</sup> para quem “*toda restricción legal de um derecho fundamental necessita de la autorización legal-constitucional*”, em decorrência do quanto positivado na Lei Fundamental de Bonn, não deve ser exigido no Brasil, porque a atividade legislativa justifica logicamente a limitação, tal como sustenta Juan Carlos Gavara de Cara<sup>584</sup>, com fundamento nos direitos de terceiros ou mesmo na necessidade de preservação de outros princípios ou valores de hierarquia também constitucional.

Por isso, Luis Aguiar de Luque<sup>585</sup> apresenta, ao lado da expressa autorização constitucional para limitar, as exigências de plenitude de outros direitos, bens e valores constitucionais, método pelo qual se deve ponderá-los.

Logo, a necessidade lógica impõe que se possa realizar limitação, por meio de lei formal, aos direitos fundamentais, ainda que esta autorização seja implicitamente obtida. O que não se permite, no Direito Constitucional brasileiro, é a restrição por meio de norma jurídica distinta da lei formal, ficando excluídas as limitações autônomas feitas pelo Poder Executivo ou Judiciário, quando exercem atividades de normatização, como defende Joaquín Brage Camazano<sup>586</sup>. Esclareça-se que poderá o judiciário, outrossim, e para quem admite o suporte fático amplo dos direitos fundamentais, limitar o exercício deles no caso concreto.

Ademais, em se tratando da dimensão prestacional dos direitos fundamentais bem como daqueles com âmbitos de proteção estritamente normativos, por essência carecidos de conformação jurídico-normativa - *rechtsnormgeprägten Schutzbereich* – em que a há

---

<sup>581</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: Estudos de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40.

<sup>582</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais*. Salvador-Ba, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010, p.22.

<sup>583</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1518.

<sup>584</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.150.

<sup>585</sup> LUQUE, Luis Aguiar de. Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.14, enero-abril, 1993, p.22-23.

<sup>586</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.137.

necessidade da lei para garantir o exercício de direitos fundamentais<sup>587</sup>, como destacado de J. J. Gomes Canotilho<sup>588</sup>, a reserva de lei formal deve ser examinada em outra perspectiva, a exigir não a autorização mas a própria edição da norma legal para permitir a configuração do direito. Logo, no particular, parece que o princípio da legalidade insculpido no caput do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não somente permite, mas impõe a elaboração na norma legal.

Esse pensamento não passou à criteriosa percepção de Peter Häberle<sup>589</sup> quando defendeu a necessidade do exercício da função de conformar os direitos fundamentais, mesmo na falta de expressa reserva de lei, indicando haver aqui uma autorização tácita como única forma de tornar práticos, diga-se, efetivos os direitos fundamentais. Por isso, conclui que nesses caos, *“a pesar de que falta uma correspondiente reserva de ley, una conformación no es solo permitira, sino ordenada”*.

Logo, a reserva de lei se circunscreve, no máximo, a uma parte da atividade legislativa, a dizer, aquela que disciplina as dimensões negativas dos direitos fundamentais, especialmente no que toca aos direitos de liberdade e civis, não podendo se estender às dimensões positivas, particularmente aos direitos sociais no sentido estrito. Aqui, não se pode perder de vista, que a liberdade desejada pelo indivíduo depende que se coloque à disposição dele formas e institutos jurídicos que permitam o exercício do direito fundamental. Com base nisso, José Carlos Vieira de Andrade<sup>590</sup> lembra da obrigação que tem o poder público de proteger, promover e concretizar os direitos fundamentais, realizando uma execução vinculada diretamente à Constituição.

Dessa maneira, fica evidente que o requisito da reserva de lei somente pode ser defendido com uma criteriosa definição de seu campo de incidência, ensejando, em muitos casos, não a proibição de legislar, mas a obrigação de fazê-lo, sem o que os direitos fundamentais perdem capacidade de efetivação, prejudicando, especialmente, aqueles que mais dependem dos direitos sociais.

---

<sup>587</sup> Sobretudo porque muitas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais são marcadas por uma amplitude semântica, o que já se constitui em grande obstáculo à determinação apodítica do conteúdo de determinado direito fundamental, reclamando inexorável intermediação do legislador.

<sup>588</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.634.

<sup>589</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.180.

<sup>590</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.225.

#### 4.1.2.2 Requisito de generalidade e abstração da norma restritiva

O requisito da generalidade e da abstração da norma restritiva foi anotado por Jorge Bacelar Gouveia<sup>591</sup> importando na vedação da possibilidade das respectivas normas jurídicas “visarem pessoas, identificáveis por si mesmas e não por categorias objectivas” – aplicação da generalidade – ou mesmo impedindo – por aplicação da abstração – “que a estipulação de restrição atinja casos particulares, que se determinam em termos de espaço e de tempo”.

Exige-se que a lei da limitação seja geral e abstrata, ou seja, que se dirija a um número indeterminado ou indeterminável de destinatários, regulando uma quantidade também indeterminada ou indeterminável de casos. Luis Aguiar Luque<sup>592</sup> lembra que a Lei Fundamental de Bonn introduz, no artigo 19, essa expressa limitação do regramento afirmando que “*Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitado al caso individual.*”

Como se nota, o preceito normativo impõe “unos límites a esa capacidad del legislador (los denominados límites de los límites) en cuanto que ha de hacerlo con carácter general (no limitado al caso individual)” como anotou Luis Aguiar Luque<sup>593</sup>, impedindo eventual atuação particularizada.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>594</sup> anota que embora não haja acordo na doutrina sobre a definição teórica de generalidade e abstração, no plano dos direitos fundamentais, esta generalidade aperfeiçoa-se num primeiro plano ao reportar-se à isonomia, “enquanto manifestação do carácter universal dos direitos fundamentais e proibição de privilégios e de discriminações e segregações arbitrárias ou injustificadas”.

Não podem as referidas normas, como lembra Rodrigo Brandão<sup>595</sup>, promover distinções casuísticas e arbitrária entre seus membros, privilegiando uma desigualdade desconfortante e incompatível com o estado de desenvolvimento de respeito a todas as pessoas, de maneira

---

<sup>591</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ ed, 2001, p.463.

<sup>592</sup> LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.14, enero-abril, 1993, p.14.

<sup>593</sup> *Ibidem*, p.14.

<sup>594</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.291-292.

<sup>595</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais*. Salvador-Ba, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010, p.22.



uniforme.

As razões materiais dessa restrição às leis restritivas foram sintetizadas por J. J. Gomes Canotilho<sup>596</sup> com o seguinte conteúdo:

- (a) leis particulares violam o princípio material da igualdade;
- (b) as normas particulares representam a “manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo individual e concreto sob as vestes legais”; e,
- (c) não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível.

O que não se pode admitir é que a norma restritiva alcance isoladamente alguém, porque se a limitabilidade é um custo a ser suportado pela complexidade da sociedade moderna, não pode um único indivíduo pagar tal conta, prejudicando-se exclusivamente em benefício de todos.

Analisando o pensamento de Pieroth e Schlink, Joaquín Brade Camazano<sup>597</sup> acentua que na tarefa de restringir os direitos fundamentais deve o legislador procurar evitar situações que possam admitir, de alguma forma, privilégios jusfundamentais, bem como discriminações injustificáveis.

Nisso também deve se incluir a necessidade de que a norma de direito fundamental estabeleça uma parcela de fruição de direito prestacional para todos os indivíduos, não se podendo perder de vista a lição de J.J.Gomes Canotilho<sup>598</sup> quando falou dos direitos a prestação pelos quais aos cidadãos se asseguraria uma participação igual nas prestações segundo as capacidades existentes, de modo a restar assegurado o nível de concretização das prestações constitucionalmente previstas na Constituição pelos poderes públicos, isonomicamente.

#### 4.1.2.3 Requisito da prospectividade da norma restritiva

---

<sup>596</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.614.

<sup>597</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.209.

<sup>598</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.385.

Sobre a prospectividade da norma restritiva, Jorge Bacelar Gouveia<sup>599</sup> indica que por meio dela se impede os efeitos da restrição possam atingir situações da vida que se tenham produzido antes da respectiva entrada em vigor.

A norma jurídica não pode limitar o direito fundamental em seu exercício pretérito.

J. J. Gomes Canotilho<sup>600</sup>, ocupado da questão, formula distinção entre retroatividade e restrospectividade, para assinalar que na retroatividade as consequências jurídicas atribuídas aos fatos por ela regulados se produzem no passado, ou seja, numa data anterior à da sua entrada em vigor, enquanto na retrospectividade se toma fatos anteriores a entrada em vigor da norma restritiva.

Em ambos os casos, a norma restritiva seria inconstitucional, tendo em vista que a segurança jurídica reclama sua aplicação prospectiva ou para frente. Jeremy Bentham, lembrado por Gustavo Radbruch<sup>601</sup>, afirma que graças à segurança se pode prever o futuro e, portanto, tomar decisões que possam influenciá-lo, porque, sobre ela repousam todos planos, todo o trabalho e desenvolvimento da vida; com ela a vida não é simplesmente uma sucessão de instantes sem qualquer continuidade.

Não se deve admitir atos legislativos restritivos que produzam qualquer efeito jurídico antes de ganhar plena vigência nos termos constitucionais e legalmente prosritos. Trata-se aqui do princípio da proibição de pré-efeitos das leis e dos atos normativos.

As normas restritivas devem ser, além disso, suficientemente clara, suscetível de serem conhecidas de modo a permitir a confiabilidade, a previsibilidade e a mensurabilidade na atuação do poder público, de modo a permitir ao indivíduo “*calcular razonablemente las consecuencias de Derecho que tendrá en el futuro lo que se hace hoy*”, como disse Atílio Aníbal Alterini<sup>602</sup>.

Todavia, em relação aos atos normativos conformativos dos direitos fundamentais, parece-me que a prospectividade cede espaço à incidência deles mesmo diante de fatos passados, de forma a permitir que alguém que não teve acesso, no passado, a uma prestação pública que passou a ter direito possa reclamar a sua reparação, exatamente porque deixara de fruir do direito em razão da omissão normativa.

---

<sup>599</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ ed, 2001, p.463.

<sup>600</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.616.

<sup>601</sup> RADBRUCH, Gustavo. *Introducción a La Filosofía Del Derecho*. Tradução de W. Roces. México: ed. Fondo de Cultura Económica, 1955, p.42.

<sup>602</sup> ALTERINI, Atílio Aníbal. *La Inseguridad Juridica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p.19.

Sendo assim, se um determinado indivíduo não teve acesso à escola em sua idade escolar, pela falta de medidas normativas e concretas de concretização do direito à educação, com a edição de tais normas e a efetivação do direito, restaura-se a possibilidade dele exigir a prestação a que, à época, não pode fruir. Isso porque, para a ação prestacional, é possível a retroação, tendo em vista que ela funciona para garantir a liberdade fática atual a quem não a teve no passado, ou porque o direito fundamental não assegurava a referida prestação, ou porque o direito fundamental não foi observado.

A questão apresentada por José Carlos Vieira de Andrade<sup>603</sup> versando sobre “exigências mais valiosas do bem” capazes de cindir a retroatividade já revela alguma abertura ao preenchimento retroativo das leis restritivas. Com muito mais razão, parece-me que as leis conformadoras, por representarem indiscutível vantagem ao titular do direito fundamental social, possam retroagir, como ocorre, por exemplo, com as leis penais que beneficiam os processados e condenados em processo judicial criminal, como rege o artigo 5º, inciso XL<sup>604</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Logo, tal como Joaquín Brade Camazano<sup>605</sup>, tenho que a proibição é de retroação *in pejus* da lei restritiva ou conformadora, porque não se veda a aplicação dela a direitos cuja projeção esteja no futuro e de forma benéfica ao titular.

#### 4.1.2.4 Requisito da proporcionalidade da norma restritiva

Faze-se, no exame da proporcionalidade, o exame da inconstitucionalidade da norma legal, como sustentam Gilmar Ferreira Mendes<sup>606</sup> e J. J. Gomes Canotilho<sup>607</sup>, em razão do excesso do legislativo, de forma a aferir-se a compatibilidade da lei com os fins constitucionais previstos, fazendo-se a devida censura sobre a adequação – *Geeignetheit* – e a necessidade – *Erforderlichkeit* – do ato normativo.

Além do fim a ser perseguido ter compatibilidade com os valores inscritos na Constituição e se valer de um meio empregado constitucionalmente autorizado, deve-se, na

---

<sup>603</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.292.

<sup>604</sup> “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

<sup>605</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.332.

<sup>606</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.46.

<sup>607</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1993. P. 617.

proporcionalidade observar-se que, no âmbito específico das leis restritivas dos direitos fundamentais, toda e qualquer limitação feita pela lei deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida).

O conteúdo do exame da proporcionalidade exige, com relação às medidas restritivas, que o objetivo desejado esteja dentre aqueles constitucionalmente determinados e que a medida utilizada encontre autorização constitucional, como lembra Joaquín Brage Camazano<sup>608</sup> ao refletir sobre a proporcionalidade.

A adequação indica a necessidade da lei restritiva ser apropriada à realização do fim invocado pela lei, demonstrando uma conformidade da medida com os fins a serem atingidos. Exige-se que a medida interventiva adotada seja apta a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, o fim pretendido tem que ser realizável pela medida, porque resta configurada aqui “l’interdiction de l’arbitraire” na expressão de Jörg Paul Müller<sup>609</sup>.

A necessidade impõe a busca do meio menos gravoso, dentre os igualmente eficazes na consecução dos fins perseguidos, para o indivíduo. A necessidade é vista como o meio mais leve – mais barato – que pode ser utilizado, evitando-se aquilo que metaforicamente Joaquín Brage Camazano<sup>610</sup> disse, “no disparar com cañones a gorriones” ou, não disparar com canhões em pardais. Dito de outra forma, o fim não se pode alcançar por outro meio igualmente eficaz mas menos danoso.

Assim, tem razão Gilmar Ferreira Mendes<sup>611</sup> quando afirma que a proporcionalidade exige que a medida normativa a ser adotada se revela, a um só tempo, adequada e menos onerosa, lembrando que nem sempre o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Por fim, a justa medida – a proporcionalidade em sentido estrito – exerce um papel de controle de sintonia fina – *Stimmigkeitskontrolle* – apto a indicar a justeza da solução implementada. Ou seja, exige-se uma rigorosa ponderação entre o significado da intervenção restritiva e os objetivos a serem perseguidos. É a tentativa de dar resposta a uma simples indagação: será que a restrição feita, em função de um objetivo, vale à pena. O meio deve ser proporcional ao fim que se pretende.

---

<sup>608</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.209 e 217.

<sup>609</sup> MÜLLER, Jörg Paul. *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne-Suíça: Staempfli Editions, 1983, p.140.

<sup>610</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Op.cit.*, 2004, p.209 e 221.

<sup>611</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.50.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>612</sup> chama atenção para o fato de que o exame da necessidade e da adequação não enseja tantas dificuldades particulares, mas, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, pode-se suscitar muitas dúvidas, porque “coloca questões de medida em que a diversidade de opiniões é inevitável”. Por isso, defende que no particular a jurisdição constitucional deve agir com base num critério geral de defensabilidade, considerando inconstitucional apenas o que for claramente desarrazoado.

Enquanto a necessidade e a adequação dizem respeito a estrutura da causalidade (entre meio e fim), a proporcionalidade em sentido estrito se dirige a uma valoração material da medida adotada, pela busca de uma conclusão acerca do ganho efetivo com aquilo que se fez.

A preocupação com essa substituição da subjetividade do legislador pela subjetividade do juiz (no exame da proporcionalidade em sentido estrito) tem levando alguns autores<sup>613</sup> a defender que o exame da proporcionalidade deveria estar adstrito às verificações da necessidade e da adequação. Por outro lado, defendem que é possível alcançar a objetivação do seu exame por meio dos critérios de controlabilidade do discurso jurídico, “na busca de padrões de diálogo intersubjetivo que permitam o controle social da atividade jurisdicional”, como ressaltou Virgílio Afonso da Silva<sup>614</sup>.

Sobre a natureza da proporcionalidade tanto Humberto Ávila<sup>615</sup> quando Virgílio Afonso da Silva<sup>616</sup> indicam tratar-se de metanorma, eis que dirigidas a aplicação de outras normas.

O que importa, nesse estudo, é afirmar que no âmbito dos direitos fundamentais, a proporcionalidade implica proibição de intervenções ou limitações insuficientes ou exagerada, realizando-se o exame por meio da análise entre a finalidade da ação adotada – ou a ser adotada – e o resultado almejado, numa típica análise de relação causal entre meio e fim. Como indica Luis Aguiar de Luque<sup>617</sup>, a limitação não tem que ser apenas justificada, mas dirigida à realização da finalidade objetivamente perseguida pela norma limitadora.

Por fim, cabe fazer um registro de essencial utilidade para o presente estudo: não se pode

---

<sup>612</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.290.

<sup>613</sup> Confira-se, por exemplo: MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Inimep*, 3, 2003, p.36 *et seq.*

<sup>614</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177-178.

<sup>615</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.88 *et seq.*

<sup>616</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2009, p.169.

<sup>617</sup> LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.14, enero-abril, 1993, p.30.

aplicar o exame da proporcionalidade<sup>618</sup> quando se defende a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, logo, vinculado as noções da teoria interna. Isso porque, a redução da proteção do direito fundamental, ou seja, sua auto-limitação, restringindo de antemão o suporte fático do direito fundamental, não pressupõe qualquer exigência de fundamentação posterior à restrição, eis que esta é feita previamente. Logo, como não é necessário fundamentar a restrição daquilo que não está no conteúdo do direito fundamental, não faz sentido examinar a necessidade, nem a adequação, nem a justeza da medida adotada, porque este trabalho não seria no direito fundamental, mas fora dele. É por isso que Virgílio Afonso da Silva<sup>619</sup> sentencia que, nesse caso, a aplicação da proporcionalidade “é excluída também de antemão”.

Além da proporcionalidade, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, representa uma dos mais relevantes limites ao poder de limitar ou de conformar outorgado ao legislador. É sobre este que se dedicará o presente trabalho, doravante.

#### **4.1.3 A proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais**

Como visto no subitem anterior, a aplicação da proporcionalidade, na teoria interna, é excluída também *prima facie* porque não faz sentido avaliar a proporcionalidade de uma restrição ou conformação quando o direito possui contornos previamente definidos. Aqui, a justaposição de direitos faz suplantar as colisões típicas da teoria externa.

Quando se parte de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, haverá, por certo, um maior número de conflitos e, em decorrência disso, maior incidência de choques no exercício dos direitos fundamentais. Além disso, lembra Virgílio Afonso da Silva<sup>620</sup>, a ampliação das intervenções estatais tende a aumentar também o conjunto de ações consideradas como restrições aos direitos fundamentais.

Assim, ao se valer do método da ponderação para resolver o conflito entre direitos colidentes, levando-se em consideração o contexto do caso concreto, deve-se proceder ao exame da proporcionalidade da restrição feita. Neste caso, para que a restrição seja constitucionalmente fundamentada, e não viole os direitos fundamentais, deve-se atender, em especial, a

---

<sup>618</sup> Igualmente, para quem defende a distinção entre mera regulamentação e restrição, pondo no conteúdo daquela as simples intervenções no modo de exercício (forma, local, horários, etc.) dos direitos fundamentais.

<sup>619</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.180.

<sup>620</sup> *Ibidem*, p.181.

proporcionalidade, com sua multi-dimensionalidade acima indicada, fazendo-se o acurado e metucioso exame da adequação, da necessidade e da justa medida, ou da proporcionalidade em sentido estrito.

É possível, contudo, que a restrição seja proporcional, mas, ainda assim, inválida por ferir o conteúdo essencial do direito fundamental (?). Por exemplo, no julgamento do Habeas Corpus número 82.424, pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello<sup>621</sup> afirmou que se deve fazer a ponderação, no caso concreto, entre os direitos colidentes, para dentro de uma perspectiva axiológica, decidir o conflito pelo método da ponderação, que, todavia “*não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*”. Assim, o conteúdo essencial do direito fundamental reside no que resulta do exame da proporcionalidade ou possui conteúdo distinto dele? As diversas matrizes dogmáticas sobre o tema podem aclarar a situação posta.

Por assim contribuir, faz-se necessário desenvolver reflexão versando sobre o conteúdo essencial. É o que se fará, doravante.

## 4.2 O CONTEÚDO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.2.1 Conteúdo essencial: alcance da expressão, origem teórico-histórica e positivação

#### 4.2.1.1 Alcance da expressão “conteúdo essencial dos direitos fundamentais”

A compreensão do conteúdo essencial<sup>622</sup> passa, necessariamente, pela noção de que ele atua como limite às leis restritivas ou como imposição à configuração, vale dizer, no sentido de evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à disposição do poder público, parece intuitivo. O problema reside na formulação do conceito de núcleo essencial ou na tarefa de

---

<sup>621</sup> Página 632 do voto proferido no HC 82.424/STF.

<sup>622</sup> Para este trabalho, o conteúdo essencial não se confunde com o núcleo duro dos direitos fundamentais porque estes representam o conjunto de direitos fundamentais que possuem a pretensão de universalidade, vinculados aos propósitos do Direito Internacional, notadamente dos movimentos perpetrados pela Organização das Nações Unidas e pelas Declarações de Direitos que vem sendo forjadas no plano internacional, como adverte Antonio Marzal (MARZAL, Antonio. *El núcleo duro de los Derechos Humanos*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001).

definir seu conteúdo, como indicou Pierfrancesco Grossi<sup>623</sup>, ao afirmar que "la sua concreta determinazione si presenta come uno dei compiti più ardui che il Grundgesetz abbia assegnato alla teoria ed alla prassi del diritto costituzionale".

A proteção dos direitos fundamentais contra restrições que atinjam o núcleo essencial<sup>624</sup> dos direitos fundamentais representa, como defende Daniel Sarmento<sup>625</sup>, um “reducto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”. O conteúdo essencial representa um limite que se impõe à possibilidade de conformação e restrição dos direitos fundamentais, representando o seu mínimo intangível, indisponível ao poder público, quer no seu agir, quer na sua omissão, tenha ela qualquer manifestação como elencou Dirley da Cunha Junior<sup>626</sup>, seja por omissão de atos normativos ou de atos políticos ou de governo; seja pela omissão de revisão ou reforma da constituição quando esta as exige implícita e explicitamente; seja pela omissão de adoção de medidas administrativa ou, mesmo, pela denegação da justiça. Há omissão inconstitucional quando não se realiza o que a Constituição determina, como indicou Andrés Gil Domínguez<sup>627</sup>.

Luciano Parejo Alfonso<sup>628</sup>, examinando as funções da garantia do conteúdo essencial, afirma que ela oferece tanto um caráter negativo quanto um positivo, sendo o primeiro ligado à noção de proibição e limitação do legislador em relação ao direito fundamental, e o outro – o positivo – no sentido de afirmação de uma substância constitucional dos direitos fundamentais, aspectos que se reconduzem “a la fijación en el máximo nivel normativo de un orden material de valores en el que se expresan los superiores que informan la totalidad del ordenamiento y que constituye el soporte mismo de la decisión constituyente entendida como un todo”.

Ignácio de Otto y Pardo<sup>629</sup> informa que tal conteúdo essencial assinala uma fronteira que o

---

<sup>623</sup> GROSSI, Pierfrancesco. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*. Padova: CEDAM, 1972, p.151.

<sup>624</sup> Derivada do direito Alemão, a expressão *Wesensgehalt* pode ser traduzida por substância, essência ou conteúdo material. Com base nisso, aqui não se faz distinção entre conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais.

<sup>625</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.111.

<sup>626</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.125.

<sup>627</sup> DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p.236.

<sup>628</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*. v.I, n.03, set.-dez./1981, p.170.

<sup>629</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madri: Civitas, 1992, p.77.



legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno que a lei limitadora não pode invadir sem incorrer em violação da Constituição. Logo a garantia do conteúdo essencial é limite do limite porque reduz a possibilidade de limitar, funcionando como um limite além do qual não é possível atividade omissiva ou limitadora aos direitos fundamentais.

A proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desproporcionais ou desproporcionais.

Segundo Pablo Lucas Verdú<sup>630</sup>, o conteúdo essencial circunscreve a atividade política, tratando-se de um limite “absoluto voltado para observância do conteúdo material do direito básico, pois, do contrário, tal direito restaria esvaziado”. Para ele, a essencialidade do conteúdo do direito faz referência aquilo que é absolutamente necessário para que o interesse juridicamente protegido tenha vida real, concreta e efetivamente assegurado<sup>631</sup>.

Não se negam as dificuldades, todavia, de estabelecer um conceito para esse conteúdo essencial, na medida em que diverge a doutrina – como abaixo será mostrado – em duas grandes concepções, uma afirmando que o conteúdo essencial é estabelecido de forma absoluta, abstratamente, e outra defendendo que o conteúdo essencial depende do resultado da comunhão ponderativa de valores conflitantes, sempre no caso concreto.

Ainda que do ponto de vista lógico se pudesse afastar a teorização acerca do conteúdo essencial, a perspectiva retórica reclamaria sua defesa, diante da inegável força do seu argumento, no sentido que apresenta Manuel Atienza<sup>632</sup>.

Por isso, Pablo Lucas Verdú<sup>633</sup>, realça a significativa expressão utilizada, carregada de uma “enérgica reação contra o positivismo legalista-garantista que arranca do formalismo individualista do Estado Liberal Burguês”, implicando uma consciência e sentimento constitucional derredor da importância e necessidade de preservação dos direitos fundamentais à intromissão legislativa.

Segundo Magdalena Lorenzo Rodriguez Armas<sup>634</sup>, ainda que não se tenha certeza de qual seja o conteúdo essencial de um direito fundamental - até porque esse conceito precisaria de um estudo evolutivo constante - torna-se indispensável a defesa deste, diante de uma realidade na

---

<sup>630</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.182.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p.196.

<sup>632</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003, p.74 e 98.

<sup>633</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Op. cit.*, 2004, p.182.

<sup>634</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Comares: Granada, 1996, p.233-236.

qual o Estado é cada vez mais interventor, como mais um mecanismo de defesa posto à disposição da cidadania, contra à pujança ativa ou omissiva do Poder Público. Diante disso, fornece um conceito:

*El contenido esencial es la expresión jurídico-positivada de valor intrínseco de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la Constitución española, resultado de la conjunción entre el valor da dignidad humana (‘fundamento del orden político y de la paz social’) y el núcleo radical do propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas y externas o relativas a su ejercicio).*

Diante disso, cada uma das normas de direitos fundamentais daria dados, elementos e indicações desse conteúdo, aos quais deveriam ser somados os protagonistas dos direitos fundamentais, como órgãos e grupos, como é o caso do Tribunal Constitucional e da doutrina constitucional.

J. J. Gomes Canotilho<sup>635</sup> a lançar olhar sobre a disposição constante no texto português, afirmando que a proteção aqui analisada serve como mecanismo que “garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa)”.

Radica o conteúdo essencial um valor intrínseco de cada um dos direitos fundamentais, resultando da conjugação de diversos elementos, tais como a dignidade da pessoa humana como parâmetro de alcance de um direito justo, na definição que apresenta Ricardo Maurício Freire Soares<sup>636</sup>, bem como no próprio núcleo radical de cada direito que se relaciona com suas manifestações particulares, como sustenta Magdalena Lorenzo Rodriguez Armas<sup>637</sup>.

Já Luciano Parejo Alfonso<sup>638</sup>, analisando a jurisprudência constitucional espanhola, fala de um conteúdo essencial como a parte absolutamente necessária para que os interesses juridicamente protegidos resultem real, concreta e efetivamente protegidos, ou, noutras palavras, aquilo sem o quê o direito fundamental deixaria de existir. Por isso, defende que somente aquela parte dos elementos integrantes do conteúdo que “Sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal, tanto em su aspecto interno (haz de facultads) como em su aspecto externo (protección de que goza),

---

<sup>635</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.482.

<sup>636</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

<sup>637</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Op. cit.*, 1996, p.235.

<sup>638</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*. v.I, n.03, set.-dez. /1981, p.186-187.

puede considerarse constitutiva del contenido esencial”<sup>639</sup>.

O ferramental teórico acerca do suporte fático e das teorias interna, externa e dos limites imanentes, vista no capítulo anterior, revelam, na verdade, uma tentativa de apresentação do que seria o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, partindo de concepções distintas, mas tentando alcançar o mesmo resultado de desenvolvimento de uma compreensão do alcance do conteúdo essencial<sup>640</sup>.

Tratar do conteúdo essencial do direito fundamental é cuidar do “coração do direito”, na expressão, rica em ressonância emocional, de José Carlos Vieira de Andrade<sup>641</sup>, ainda que não se conheçam todos os mecanismos auriculares e ventriculares, nem a força das válvulas que permitem a intercomunicação entre as diversas partes, torna-se necessário avançar na busca de uma compreensão insular e sistêmica de sua dimensão, de forma a garantir mais vida, ou mais direito, a quem necessita: todos.

Sem a pretensão de esgotar do alcance da expressão conteúdo essencial, ela indiscutivelmente visa outorgar ao indivíduo um mecanismo de defesa contra a ação ou omissão dos poderes públicos, ao intervirem no âmbito dos direitos fundamentais, de forma a proteger e garantir um espaço de fruição do conteúdo dos direitos, sem os riscos de supressões ilimitadas que acabem por provocar a perda da peculiaridade do próprio direito.

#### 4.2.1.2 Desenvolvimento teórico-histórico

A ideia de um núcleo essencial refere-se a uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional da última metade do Século XX<sup>642</sup>, atenta à necessidade de estabelecer um último reduto de garantia contra as leis e medidas fortemente restritivas aos direitos fundamentais.

A preocupação com o desenvolvimento de uma teoria do limite aos limites ganhou espaço de desenvolvimento teórico na Alemanha do pós-gerra, e em especial na Lei Fundamental de

---

<sup>639</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*. v.I, n.03, set.-dez. /1981, p.187.

<sup>640</sup> Indispensável, aqui, a remissão ao capítulo anterior, para resgatar as bases teóricas de cada uma das defesas postas.

<sup>641</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.285.

<sup>642</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.261.

Bonn, do ano de 1949, para que se evitasse a repetição do ocorrido com a Constituição de Weimar, que teve seu catálogo de direitos fundamentais esvaziado pela obra do Poder Legislativo da Alemanha nazista.

Esse aspecto histórico justifica a expressão consignada no artigo 19, inciso II, da Lei Fundamental alemã, que impede o esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais, pela ação do poder público, em especial, do poder legislativo<sup>643</sup>, responsável pela conformação dos direitos fundamentais.

Em 1964, Karl August Bettermann<sup>644</sup> dedicou-se ao estudo das limitações, destacando o conteúdo essencial pela sua positivação da Lei Fundamental de Bonn, evidenciando que essa barreira serviria à proteção dos direitos fundamentais a possíveis ações das autoridades constituídas, em especial à disposição normativa de restringir os direitos fundamentais, por meio de norma infraconstitucional.

Segundo Magdalena Lorenzo Rodriguez Armas<sup>645</sup>, algo claro para o constituinte alemão do 2º Pós-Guerra era a preocupação existente com as atrocidades do III Reich e a existência de um sentimento de culpa pelo ocorrido com os milhões de perseguidos, cuja dimensão de ser humano restara completamente esvaziada por um sistema normativo formalista, despido de critério axiológicos.

Agregando consistência ao neoconstitucionalismo, como visto ao examinar-se o espaço histórico do seu desenvolvimento, as Constituições portuguesa<sup>646</sup> e espanhola<sup>647</sup> contemplam semelhantes disposições que limitam à ação do poder público na restrição ou conformação dos direitos fundamentais.

Mas os estudos sobre o tema têm na Alemanha o seu primeiro espaço de desenvolvimento e a

---

<sup>643</sup> Para Gilmar Ferreira Mendes, a Lei Fundamental alemã estabeleceu essa restrição ao legislador, em duas medidas, na primeira em face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, conforme preconiza o artigo 1, inciso I, da LF; no segundo, pela regra do artigo 19, inciso II, que “consagrou, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angetastet werden).” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.42).

<sup>644</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1535.

<sup>645</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Comares: Granada, 1996, p.121-123.

<sup>646</sup> Eis o teor do artigo 18, n. 3, da Constituição portuguesa de 1976: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”

<sup>647</sup> Eis o teor do artigo 53, n. 1, da Constituição espanhola de 1978: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a.*”

sua produção mais graça. Decorre da construção hermenêutica em torno do artigo 19, inciso II, da Lei fundamental de Bonn, que dispõe que em caso algum poderá um direito fundamental ser atingido em seu núcleo essencial, o entendimento doutrinário no sentido de que o conteúdo essencial do direito fundamental (*Wesensgehalt*) constituiria o elemento restritivo à atividade limitadora dos Poderes constituídos no âmbito dos direitos fundamentais.

Como esclarecido no capítulo segundo, remonta a Carl Schmitt<sup>648</sup> a defesa da proteção constitucional das instituições de direito público e dos institutos (de direito privado), visando à conservação da obra coletiva. O pensamento Carl Schmitt, forte na matriz liberal, compreende que os direitos fundamentais preexistem ao pacto social de convivência política, gozando de maior proteção em relação às instituições, cuja principal característica é o reforço do compromisso jurídico-constitucional de perenidade daquilo que reflete os valores indissociáveis da organização social.

Peter Häberle<sup>649</sup>, ao analisar a teoria de Carl Schmitt, lembra que para ele o direito fundamental independia de uma garantia institucional, já que são distintos as garantias postas pelo Estado em favor das instituições e os direitos fundamentais. Quando Schmitt defendeu que a liberdade não era um instituto, capaz de ser defendido pelas instituições estatais, apesar de por os direitos fundamentais acima das garantias institucionais, ainda que quisesse dar ares de superioridade aqueles, acabou criando suportes frouxos de garantia dos direitos. Para ele, a Constituição obrigaria o legislador ordinário a preservar determinadas estruturas jurídicas, mas não assegura aos beneficiários diretos ou indiretos o direito de exigir o seu cumprimento,

Carl Schmitt<sup>650</sup>, ao defender que a garantia institucional era, por essência, limitada, porque somente existente dentro de uma ordem estatal em que as instituições estivessem juridicamente reconhecidas, e, como tal, sempre circunscrita e delimitada pelo Estado, parece ofertar, no plano teórico, uma situação de maior respeito e privilégio aos direitos fundamentais. Todavia, como advertiu Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>651</sup>, na prática, ocorreu o contrário, porque ao separar os direitos fundamentais da proteção que gozavam às instituições, consideradas como mecanismos técnicos contidos na própria constituição, acabou deixando a regulamentação dos direitos fundamentais livre à ação do legislador ordinário,

---

<sup>648</sup> SCMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. Tradução de Antonio Carraciolo. Milano: Giuffrè, 1984, p.228-230.

<sup>649</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.93 e 96.

<sup>650</sup> SCMITT, Carl. *Op.cit.*, 1984, p.175.

<sup>651</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p.170.

num momento em que se negava a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade.

A doutrina de Carl Schmitt influenciou fortemente o direito alemão, devendo-se lembrar que a Lei Fundamental de Bonn acolheu diversas instituições, tais como a autonomia universitária, o matrimônio, a família, a liberdade de imprensa, dentre outras, ofertando a elas – e não aos direitos fundamentais – as garantias de proteção, especialmente do seu núcleo essencial, uma vez que a zona exterior delas estaria suscetível às mudanças, porque constituídas de elementos acidentais.

O ponto polêmico da doutrina, adverte Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>652</sup>, residia em determinar o que era essencial ou não na instituição, conduzindo a formação de diversas teorias, até que se adotasse o método da proporcionalidade, ou seja, do exame da intensidade da intervenção feita na instituição.

Apesar das críticas, sobretudo porque desvinculou a garantia institucional dos direitos fundamentais, a doutrina serviu a estabelecer um marco inicial a partir do qual se deveriam examinar os limites às intervenções e restrições das instituições, mais tarde, dos próprios direitos fundamentais.

A teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi desenvolvida a partir dos estudos de Rudolf Smend<sup>653</sup> que permitiu uma análise mais profunda dos direitos fundamentais tendo como ponto de partida a famosa teoria da integração. Para ele, a Constituição possui como função essencial a promoção da integração na comunidade, o que somente é possível pela preservação de valores socialmente compartilhados.

O processo de continuada renovação do Estado, responsável pela atualização e desenvolvimento contínuo dos fins sociais, trabalham em favor de uma integração, revelador de um nítido caráter justificador do próprio Estado do qual decorre a necessidade de um sentir constitucional como modo de integração política, sendo que essa ocorre de diversas formas: pessoal, funcional ou material.

Integração pessoal<sup>654</sup> porque dirigida a propiciar a unidade política das pessoas, já que o Estado se realiza por intermédio dos indivíduos que o compõem; funcional<sup>655</sup> ou processual, compreendendo os diversos sentidos coletivos da sociedade, com a finalidade de uniformizar

---

<sup>652</sup> *Ibidem*, p.171-172.

<sup>653</sup> SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Madri: Aguilar, 1970.

<sup>654</sup> SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Madri: Aguilar, 1970, p.82 *et seq.*

<sup>655</sup> *Ibidem*, p.88 *et seq.*

as distintas vontades coletivas<sup>656</sup>; por fim, a integração material<sup>657</sup>, fundada no escopo de realização do Estado, configurada por conteúdos substantivos, dentre os quais o rol dos direitos fundamentais, considerados verdadeiramente necessários para a integração do Estado.

Criticando a visão positivista de Kelsen, sustenta que para uma Constituição permanecer viva, tem que promover a unidade do solo e as decisões tomadas com base em suas normas hão de ter um componente que aglutine a maioria dos cidadãos. Para ele, perseguindo tal fito, a Constituição é dotada de alto potencial de modificação, em face do seu caráter de norma jurídica integradora do sistema jurídico constitucional ao tempo e às circunstâncias.

Logo, o Estado, na visão de Smend existe e se desenvolve em um processo de constante renovação, denominada por ele de “integração”, do qual decorre a necessidade de um sentir constitucional.

Além do mérito de introduzir uma nova visão dos direitos fundamentais, afastando-o da mera aplicação do princípio da legalidade em relação à atuação da coisa pública, Rudolf Smend defende que os direitos fundamentais deveriam ser estudados como parte do critério material que justifica materialmente a Constituição, porque nela repousa um sistema de valores do qual se deriva a unidade da ordem jurídica.

Os direitos fundamentais seriam, como indica Ana Maria D’Avila Lopes<sup>658</sup>, “o concreto sistema jurídico de valores que promovem a integração material e a legitimidade da ordem jurídico-política estatal”, razão porque se passou a perseguir a sua substância básica, isto é, o seu conteúdo essencial e seu conteúdo ocasional, abrindo-se espaço às construções das teorias relativas e absolutas, que serão apresentadas nos tópicos abaixo.

Ana Maria D’Avila Lopes<sup>659</sup> indica que para Düring, os direitos fundamentais não podem ser objeto da livre atividade estatal em razão do reconhecimento da dignidade do ser humano.

Além da dificuldade de determinação do conteúdo da dignidade da pessoa humana, a teoria não resolve o problema dos escopos que essa corrente pode apresentar, a partir das concepções possíveis acerca da dignidade que, segundo Miguel Reale<sup>660</sup> destaca,

---

<sup>656</sup> Essa função leva muitos a atribuir a teoria da integração uma nota facista.

<sup>657</sup> SMEND, Rudolf. *Op.cit.*, 1970, p.100 *et seq.*

<sup>658</sup> LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p.174.

<sup>659</sup> LOPES, Ana Maria D’Avila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. N.164, 2004.

<sup>660</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.277.

historicamente, são três: individualista<sup>661</sup>, transpersonalista<sup>662</sup> e personalista<sup>663</sup>.

Uma terceira e bem marcada posição acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela defendida por Peter Häberle, e sua teoria institucional. Em sua visão, a dimensão objetiva não pode ser desconectada da dimensão subjetiva.

Como se afirmou, anteriormente, a teoria institucional não procura uma ordem objetiva, jusnaturalística ou fenomenologicamente captada, com as teorias anteriores, mas sim um quadro definidor e ordenador de sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. O pensamento de Peter Häberle representa a tentativa de conciliação entre os lados subjetivo-individual e objetivo-institucional dos direitos fundamentais, na medida em que os direitos fundamentais, de um lado, são individuais e garantem aos seus titulares determinados direitos subjetivos e, do outro, são caracterizados por uma dimensão institucional que implica a garantia jurídico-constitucional de âmbitos vitais, regulados e conformados com ajustes a critério da liberdade.

Havendo conflito entre interesses coletivos e individuais, competiria ao legislador intervir para proteger os bens e interesses da sociedade, de forma a solucionar o conflito, por intermédio de um harmônico equilíbrio entre eles. Logo, a solução para eventuais conflitos estaria sempre dependente do relacionamento entre eles. Não se perca que o cerne da construção häberliana radica na relação entre direitos, procedimentos e legitimação do estado constitucional, que acaba por resgatar a integração pela utilização da teoria jellinekiana dos *status*, precisamente do *status activus processualis*, e, no plano do estado social, pela superação da centralidade do *status negativus* (e também do *status passivus*) que passa a compartilhar de forma mais proeminente com o *status activus*.

Analisando o pensamento de Peter Häberle, Ana Maria D'Avila Lopes<sup>664</sup> indica que o jurista

---

<sup>661</sup> A visão individualista tem como ponto de partida o indivíduo. Para seus adeptos, a dignidade da pessoa humana decorre da visão liberal clássica que inspirou a noção primeira do conteúdo da norma constitucional, qual seja, o da prevalência do individualismo burguês, que lutava contra a nobreza absolutista e reclamava a existência de um compromisso de reconhecimento e de respeito aos seus direitos. A dignidade da pessoa humana realiza-se na proteção dos individualismos.

<sup>662</sup> No transpersonalismo tem-se o contrário, e a dignidade somente vai se realizar no coletivo. Esta teoria encontra na concepção socialista ou coletivista uma maior ressonância, na medida em que, para Marx, os direitos do homem apregoados pelo liberalismo não ultrapassam o egoísmo do homem, em sua arbitrariedade provada, voltada para seu interesse particular e dissociada da comunidade.

<sup>663</sup> A terceira visão, do personalismo, nega as duas anteriores na medida em que busca uma inter-relação entre os valores individuais e coletivos, procurando distinguir que inexistente, a priori, um predomínio do indivíduo ou do todo, o que deve ser resolvido, em cada circunstância buscando-se uma harmonia entre a ordem social e cada indivíduo, mas com uma constante axiológica que é o valor da pessoa humana. A pessoa é uma unidade aberta que não pode ser vista como simples parte do todo, ao contrário, representa exatamente o que a unidade coletiva jamais poderá ser.



promoveu uma unificação da teoria dos limites imanentes com a teoria do conteúdo essencial, incluindo os limites imanentes no núcleo essencial,

[...] uma vez que, para conhecer esses limites, faz-se necessária a ponderação de todos os bens constitucionalmente protegidos.

O conteúdo essencial não seria uma medida em si mesma, mas estaria determinado pela Constituição e os outros bens jurídicos. Nesse sentido, seria o legislador quem, além de regular um direito fundamental, estabeleceria também o seu conteúdo essencial e os limites imanentes.

Ao analisar o pensamento de Peter Häberle<sup>665</sup>, de 1969, Angelo Schillaci<sup>666</sup> acentua sua contribuição para aclarar o alcance da concepção institucional dos direitos fundamentais, mas buscando formas de protegê-los frente aos riscos de manipulação arbitrária do legislador. Isso porque, na reflexão de Häberle o conteúdo essencial, dessa forma, não seria uma medida em si mesma, mas o resultado da tarefa de conformação e configuração feita pelo legislador. Essa visão, como examinado, coloca o legislador como o conformador a ser conformado ou, como prefere Virgílio Afonso da Silva<sup>667</sup>, “o legislador como o interventor a ser controlado”. O legislador ocuparia, nessa perspectiva, um relevante papel de desenvolver a configuração e a realização dos direitos fundamentais.

Tal como aponta Virgílio Afonso da Silva<sup>668</sup>, Peter Häberle rejeita a dualidade do direito *versus* sua restrição, submetendo-se claramente a teoria interna porque processo de definição do que é protegido pelo direito, definitivamente, é interno ao próprio direito. Para ele, a atividade legislativa não é restritiva do direito, antes cria o próprio direito; não restringe, apenas delimita seus contornos.

O problema da teoria de Peter Häberle é que o limite estaria à disposição do agente que faz a limitação, devotada sua crença na legitimação pelas condições organizativas do exercício dos direitos amparadas em formas procedimentais. O legislador, noutro giro, estaria livre para configurar as prestações positivas. Sendo assim, como referidos limites evitariam eventual ação capaz de desnaturar ou reduzir, para além dos limites, os direitos fundamentais, sobretudo porque a ele não é dado o poder de assumir o papel de constituinte, tenho que os limites não podem estar à disposição do legislador, mas antes, vincula-os.

As reflexões acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foram desenvolvidas

---

<sup>664</sup> LOPES, Ana Maria D'Avila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. N.164, 2004, p.12.

<sup>665</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

<sup>666</sup> SCHILLACI, Angelo. Derechos fundamentales y procedimiento em la obra de Peter Häberle. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.12, n.4, jul-set. /2010. Trimestral, p.63.

<sup>667</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.138.

<sup>668</sup> *Ibidem*, p.137.

exatamente para impedir a ação destrutiva dos poderes constituídos, que no afã de conformarem ou restringirem os direitos, acabassem por aniquilá-lo.

#### 4.2.1.3 Irradiação do conteúdo essencial no constitucionalismo positivo

Um passo adiante, em torno da irradiação do conteúdo essencial, Virgílio Afonso da Silva<sup>669</sup> lembra a influência constitucional alemã ocorrente, com grande intensidade, na redemocratização dos países do Leste Europeu, que veio a marcar várias constituições do antigo bloco socialista, a exemplo da Constituição Polonesa (artigo 31, n. 3)<sup>670</sup>; Constituição da Estônia (artigo 11)<sup>671</sup>; Constituição da Hungria (artigo 8º, n. 2)<sup>672</sup>; Constituição da Romênia (artigo 53, n. 2)<sup>673</sup> e Constituição da Eslováquia (artigo 13, n. 4)<sup>674</sup>.

A despeito dos revezes sofridos na França e Holanda, que a rejeitaram parcialmente, a Constituição Europeia tem dispositivo semelhante, verificando-se de seu artigo 112 que “Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades”.<sup>675</sup>

Como se nota, tem havido explicitação da necessidade de preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nas diversas constituições produzidas nas últimas décadas, sem prejuízo de derivações implícitas desse conteúdo, como ocorre no direito constitucional brasileiro.

#### 4.2.1.4 O objeto e o valor do conteúdo essencial. Aproximação teórica

---

<sup>669</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.25.

<sup>670</sup> “Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights”.

<sup>671</sup> “Rights and liberties may be restricted only in accordance with the Constitution. Restrictions may be implemented only insofar as they are necessary in a democratic society, and their imposition may not distort the nature of rights and liberties”.

<sup>672</sup> “In the Republic of Hungary regulations pertaining to fundamental rights and duties are determined by law; such law, however, may not restrict the basic meaning and contents of fundamental rights”.

<sup>673</sup> “Such restriction shall only be ordered if necessary in a democratic society. The measure shall be proportional to the situation having caused it, applied without discrimination, and without infringing on the existence of such right or freedom”.

<sup>674</sup> “When imposing restrictions on constitutional rights and freedoms, respect must be given to the essence and meaning of these rights and freedoms and such restrictions shall be used only for specifically defined purposes”.

<sup>675</sup> Apenas por curiosidade, confira-se o teor do artigo 46 da Constituição do Iraque: “Restricting or limiting the practice of any of the rights or liberties stipulated in this Constitution is prohibited, except by a law or on the basis of a law, and insofar as that limitation or restriction does not violate the essence of the right or freedom.”

Como visto, a riqueza de abordagens e de previsões em diversos textos constitucionais, permite afirmar que há, indiscutivelmente, um avanço do desenvolvimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais no constitucionalismo da atualidade.

Resta perquirir qual é o critério para determinar-se o conteúdo essencial de um direito fundamental, tomando-se em conta a dificuldade da determinação da essência de um direito, sobretudo perante os juízos de balanceamento de bens e direitos.

Duas questões basilares em derredor do tema devem ser enfrentadas, pinçadas por J. J. Gomes Canotilho<sup>676</sup>. A primeira diz respeito a identificação de qual o objeto do núcleo essencial: protege-se um direito subjetivo individual ou se representa uma garantia objetiva para a sociedade; a outra, igualmente relevante, reporta-se a identificar qual o valor da proteção ofertada pela garantia do núcleo essencial, investigando se o direito fundamental possui um valor absoluto e incontestável ou se dependente da sua confrontação com outros direitos fundamentais.

À primeira indagação tem oferecido algumas respostas, sendo que para alguns o direito deve ser visto como algo institucional ou objetivo, enquanto que a segunda reflexão parte da noção do direito como garantia individual ou subjetiva. A tendência doutrinária, em que se perfilha o presente estudo, é no sentido de considerar compatíveis entre si as teorias objetiva e subjetiva. À segunda, a doutrina, como se demonstrará, tem variado em torno de duas proposições antagônicas: a primeira que define este conteúdo a partir de uma teoria externa, em que as restrições e delimitações circunstancialmente feitas consubstanciarão o núcleo; e a segunda, a partir de uma teoria interna, segunda a qual o referido núcleo está bem delimitado, previamente, e não admite restrições posteriores.

Antes, todavia, de traçar as principais estratégias de respostas as duas indagações, convém situar a admissão da teoria do conteúdo essencial no constitucionalismo brasileiro.

#### **4.2.2 A teoria do conteúdo essencial no constitucionalismo brasileiro**

Embora a ordem constitucional brasileira vigente não tenha contemplado expressa ou

---

<sup>676</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.618.

diretamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>677</sup>, esta circunstância não implica reconhecer inexistente um dever de proteção desse núcleo essencial, como indica Gilmar Ferreira Mendes ao afirmar ser “inequívoco que tal princípio decorre do modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental”<sup>678</sup>.

Ainda que não expresso diretamente na Constituição brasileira de 1988, qualquer normatização acerca dos limites a serem observados pelos direitos fundamentais necessita observar o conteúdo essencial porque o artigo 1º da Constituição, ao consagrar o estado democrático de direito, submeteu este ao conteúdo de plena observância da garantia dos direitos fundamentais, maximizado pelos ares do neoconstitucionalismo. Essa é a defesa de Luiz Fernando Calil de Freitas<sup>679</sup> para quem a proteção é uma “decorrência implícita da norma constante no caput do artigo 1º da Constituição da República”.

Paulo Ricardo Schier<sup>680</sup> defende, noutro aspecto, que a fundamentação da preservação do núcleo essencial está vinculada à compreensão da extensão das cláusulas pétreas<sup>681</sup>, na medida em que elas representam “verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional”.

Ambos subscrevem a importância e a presença do núcleo essencial no direito constitucional local.

Cabe pontuar ainda que, no Brasil, como corolário do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, bem como das normas que definem os objetivos constitucionais da República, estampadas no artigo 3º da Constituição de 1988, ao Estado brasileiro é imposto o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos fundamentais, que também abrange, conseqüentemente, a maximização da proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, no sentido de impedir que o legislador retroceda na densificação de tais direitos, para além do seu conteúdo essencial.

---

<sup>677</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.319.

<sup>678</sup> *Ibidem*, p.319.

<sup>679</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.186.

<sup>680</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: <[http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/paulo\\_ricardo\\_schier.pdf](http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2009.

<sup>681</sup> Gilmar Ferreira Mendes também fundamenta a consagração da teoria nas cláusulas pétreas, conforme se verifica em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.*, 2008, p.319.

É isso que leva Ingo Sarlet<sup>682</sup> a proclamar que medidas restritivas dos direitos fundamentais que afetem o seu conteúdo essencial, padecem de constitucionalidade, e, por tal motivo, devem ser afastadas.

Ana Maria D'Avila Lopes<sup>683</sup> registra que como consequência da necessária atividade do legislador para desenvolver e concretizar os direitos fundamentais, a compreensão de um conteúdo essencial surge para prevenir possíveis excessos que assegurasse que estes direitos fossem regulados “sem perder as características que os identificam como tais”.

Além da doutrina pátria, a jurisprudência constitucional brasileira também tem se voltado para o tema. O Supremo Tribunal Federal tem revelado a apreensão dessa ideia de limite do limite também entre no Brasil, tendo com base a vigente Constituição Federal de 1988 e, também, a Constituição de 1967/69.

Na Representação número 930, o Ministro Rodrigues Alckmin, tratando sobre a liberdade de conformação do legislador na regulamentação do exercício de profissão, em seu voto deixou assentada sua preocupação com a fixação de “quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as ‘condições de capacidade’. E quais excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional”. Antes, lembrou que não pode o legislador estabelecer, a seu critério e alvitre, a restrição, sob pena de configurar-se uma inutilidade a existência do direito.

Mais adiante, já em face do teor da Constituição brasileira de 1988, no curso do ano de 2005, o Ministro Celso de Mello remarcou a idéia de preservação do conteúdo essencial, no julgamento da ADI 3.540-MC<sup>684</sup>, consignando no seu voto “que quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais”<sup>685</sup>.

---

<sup>682</sup> SARLET, Ingo. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. In: *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.326.

<sup>683</sup> LOPES, Ana Maria D'Avila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. N.164, 2004, p.7-15.

<sup>684</sup> Julgamento em 1º-9-05, Plenário, DJ de 3-2-06.

<sup>685</sup> O Ministro Celso de Mello fez menção a essa ideia, também, no julgamento do HC 82.424-2/RS, quando afirmou: “Entendo que a superação de antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, hic et nunc, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito coerente, desde que, no momento, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.”

No voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.045<sup>686</sup>, o Ministro Joaquim Barbosa lembrou que embora o Poder Legislativo possa conformar, com certa liberdade, o procedimento de defesa, cabe ao Poder Judiciário evitar situações que violem o núcleo essencial do direito à ampla defesa.

Fazendo referência à decisão mais recente, no Habeas Corpus n. 82.959<sup>687</sup>, relatado pelo o Ministro Marco Aurélio, Gilmar Ferreira Mendes<sup>688</sup> afirma que o STF entendeu que a “imposição de regimes integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial”.

Como examinado, tanto a doutrina brasileira quanto a jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal, têm aceitado, aberta e reiteradamente, a existência de uma intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como última esfera de proteção dos direitos, protegendo-o de qualquer atuação tendente a comprometer sua essência.

### **4.2.3 Objeto protegido pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais**

#### 4.2.3.1 Dimensão objetiva do conteúdo essencial

Quanto aos critérios utilizados para determinar o objeto protegido pelo conteúdo essencial do direito fundamental, inexistente consenso na doutrina que debate acerca do estabelecimento de um direito com sua dimensão objetiva ou como um direito cuja dimensão seja subjetiva.

Os principais aspectos dessa dimensão objetiva, desde o pensamento de Carl Schmitt<sup>689</sup>, passando por Rudolf Smend<sup>690</sup> e até Peter Häberle<sup>691</sup>, foram objeto da reflexão feita no capítulo segundo, restando agora tão somente recuperar parte do que ali foi apresentado, de forma a orientar o raciocínio da leitura, mas sem repetir as ideias, porque desnecessário.

Com esse propósito, acerca da dimensão objetiva, recupere-se que nela, a análise do direito

---

<sup>686</sup> DJ de 5-08-2005.

<sup>687</sup> DJ de 1º-09-2006.

<sup>688</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.320.

<sup>689</sup> SCMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. Tradução de Antonio Carraciolo. Milano: Giuffrè, 1984, p.228-230.

<sup>690</sup> SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Madri: Aguilar, 1970.

<sup>691</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

fundamental centra-se no todo, ou seja, com base no significado desse direito para a vida social considerada a coletividade, significando dizer “que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”, como informa Virgílio Afonso da Silva<sup>692</sup>.

No sentido objetivo, a proteção do núcleo essencial do direito fundamental importa na proibição de restrições à eficácia desse direito que o levem a perder o significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles, tomando o núcleo essencial como instituições objetivas do sistema jurídico, na reflexão de Martin Borowski<sup>693</sup>, representando o valor e a extensão do direito observado para o todo social. Referida noção levou Gilmar Ferreira Mendes a descrever a teoria objetiva, nos seguintes termos:

Os adeptos da teoria objetiva tentam vislumbrar uma abordagem objetiva como saída para o impasse, afirmando que o art. 19, II, da Lei Fundamental protege os direitos fundamentais enquanto instituição objetiva e não enquanto proteção singular de cada indivíduo em especial. Afirma-se que, não raras vezes, as posições individuais são drástica e radicalmente afetadas, a proteção do núcleo essencial subsiste, porém, se se considera que o instituto restou protegido<sup>694</sup>.

Ana Maria D’Avila Lopes segue na mesma explicação ao lembrar que, segundo o critério objetivo, exige-se uma consideração global do problema, levando-se em conta que os direitos fundamentais compõem um todo ordenado e, dessa forma, admite-se que um direito pode deixar de “ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas”<sup>695</sup>.

O enfoque objetivo não individualiza o direito fundamental, mas o compreende como mecanismo de defesa formador de uma unidade material que concebe os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva. Uma fundamentação objetiva de um direito fundamental tem em vista o seu significado para a coletividade, para a vida comunitária.

Os direitos fundamentais em sua perspectiva objetiva têm a função de “sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos prestam seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao direito”, como lembrou

---

<sup>692</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.185.

<sup>693</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.97.

<sup>694</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.319.

<sup>695</sup> LOPES, Ana Maria D’Avila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. N. 164, 2004, p.7-15.

Antonio Enrique Perez Luño <sup>696</sup>

A dimensão objetiva, como revelado, protege o direito fundamental com um valor da coletividade, ainda que possa, no caso concreto, haver uma supressão dele para um indivíduo. Aqui, a preocupação reside em não eliminar “o efeito geral do direito básico” como anotou Pablo Lucas Verdú <sup>697</sup>.

A perspectiva objetiva, evidentemente, revela uma proteção menos ampla na medida em que admite, para casos particulares, a excessiva restringibilidade de um direito fundamental fruível por uma pessoa determinada.

Essa é a visão também defendida por Virgílio Afonso da Silva, que salienta que embora o enfoque faça sentido, não oferece nada a mais além do ofertado pela teorética das cláusulas pétreas e padece de força protetiva na medida em que não protege situações em que, em concreto, um direito fundamental é visceralmente atingido, mas sem que isso represente uma negação “para o todo social” <sup>698</sup>.

Constata-se, pois, que a teoria objetiva pretende privilegiar a noção de função social dos direitos fundamentais, afastando-os da noção meramente individualista, para compatibilizá-la com os influxos do Estado social.

À essa dimensão deve somar a dimensão subjetiva, tal como defendera Pablo Lucas Verdú <sup>699</sup>, lastreado na reflexão de Jörg Paul Müller <sup>700</sup>, para quem não basta assegurar uma situação jurídica na qual o direito esteja assegurado, sendo necessário que subjetivamente – individualmente – ninguém seja privado da fruição efetiva da essência de um direito fundamental, “visto que estes merecem seu nome não só quando são fatores de ordem no conjunto social, mas também quando são garantia do desenvolvimento existencial de cada um”.

Por força de tais considerações, impõe-se a complementação – e não substituição – pelo

---

<sup>696</sup> Tradução livre do excelente LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995, p.20.

<sup>697</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.185.

<sup>698</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.186.

<sup>699</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Op.cit.*, 2004, p.185.

<sup>700</sup> “"Considérees ensemble, ces deux conceptions satisfont l'exigence d'une protection des droits fondamentaux pleinement efficace. Il ne suffit pas de garantir une situation juridique dans laquelle la liberté d'opinion, la tolérance religieuse, la liberté de choisir sa profession sont reconnues comme telles et imprègnent l'ordre social; il faut, en outre, que personne ne soit privé de l'essence de ses droits fondamentaux. Les droits fondamentaux ne méritent leur nom que s'ils sont non seulement un facteur d'ordre dans l'ensemble social, mais aussi une garantie de l'épanouissement existentiel de chacun” (MÜLLER, Jörg Paul. *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne-Suíça: Staempfli Editions, 1983, p.161-162).



enfoque subjetivo.

#### 4.2.3.2 Dimensão subjetiva do conteúdo essencial

Da mesma forma que a teoria anterior, a teoria subjetiva também já foi analisada no capítulo segundo, onde se tentou apresentar as bases mais significativas dessa dimensão subjetiva. As linhas abaixo apenas se limitarão a recuperar algumas considerações que parecem úteis nesse ponto de desenvolvimento do presente estudo.

Em adição<sup>701</sup> à dimensão objetiva, a perspectiva subjetiva indica a necessidade de observância do conteúdo essencial para o sujeito determinado que tiver sido afetado na respectiva fruição, tendo em vista que é ele, e não a coletividade indeterminada, o titular desse direito fundamental. Como indica Martin Borowski<sup>702</sup>, de acordo com a teoria subjetiva, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais relaciona-os como direitos subjetivos.

A necessidade de defesa, colateral, da dimensão subjetiva evitará que ocorra, uma restrição excessiva ou até mesmo uma eliminação de um direito fundamental em um caso concreto, que embora não afete a sua dimensão objetiva – para o todo social – pode acabar por molestar o núcleo essencial daquele direito individual naquele caso concreto.

O professor J.J. Gomes Canotilho, acerca do caráter subjetivo, explica sua pretensão de “que, em caso algum, pode ser sacrificado o direito subjectivo de um homem, a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado”<sup>703</sup>.

Robert Alexy<sup>704</sup>, ao comentar o dispositivo do artigo 19, II, da Lei Fundamental alemã, afirma que “se a Constituição (alemã) estabelece algo tão importante quanto uma proibição de

---

<sup>701</sup> Gilmar Ferreira Mendes observa que importância da pluridimensionalidade do conteúdo essencial, afirmando: “É preciso notar, ademais, que as diferentes funções cometidas aos direitos fundamentais na ordem constitucional podem ter influência decisiva sobre o próprio significado do art. 19, II, da Lei Fundamental. Se se afirma o caráter pluridimensional dos direitos fundamentais e se reconhece que o direito fundamental tanto pode ser visto sob o aspecto objetivo quanto o subjetivo, então tem-se de admitir que as variantes de interpretação do referido princípio não se haverão de fazer, necessariamente, num esquema de exclusão (ou – ou; entweder – oder), mas num raciocínio de ampliação (tanto – quanto; sowohl – als auch)” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.318).

<sup>702</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.97.

<sup>703</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.430.

<sup>704</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.297.

afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, então, isso diz respeito no mínimo também a posições de direitos fundamentais individuais.”

Um problema que se opõe ao objeto de proteção subjetivo diz respeito a situações jurídicas da realidade concreta em que é possível que nada reste de um direito fundamental, como nos casos de aplicação da pena de prisão longa em que a liberdade de ir e vir do condenado encontra-se comprometida.

A objeção colocada, de fato, não é de fácil solução, e somente a partir da análise das teorias absoluta e relativa, poderá ficar menos contundente. Virgílio Afonso da Silva<sup>705</sup> lembra que embora em alguns casos *nada* reste de um direito fundamental, mesmo assim persiste o dever de proteger tal conteúdo a partir de uma perspectiva subjetiva e individual, exatamente a partir de um modelo relativo de conteúdo essencial.

Enquanto a teoria considera a proteção do núcleo essencial ao direito fundamental como norma objetiva e não como direito subjetivo individual, ou seja, enquanto tem como o objeto de proteção a garantia geral e abstrata prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular, a teoria subjetiva tem no núcleo essencial do direito fundamental a proteção do direito subjetivo do indivíduo. Como defende J. J. Gomes Canotilho<sup>706</sup>, a teoria objetiva “visa assegurar a eficácia de um direito fundamental na sua globalidade”, enquanto a subjetiva pretende defender que em nenhuma hipótese admite-se o sacrifício de um direito subjetivo de um indivíduo, “a ponto de, para ele, esse direito deixar de ter qualquer significado”.

#### **4.2.4 Valor da proteção decorrente do núcleo essencial**

##### 4.2.4.1 O conteúdo essencial como valor absoluto. A teoria absoluta

Acerca do valor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, existem duas teorias bem marcadas: a teoria absoluta e a teoria relativa. Daniel Sarmento<sup>707</sup> traz advertência muito pertinente acerca das duas teorias: “note-se, contudo, que existem duas orientações acerca da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que conduzem a resultados

---

<sup>705</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.187.

<sup>706</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.619.

<sup>707</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.112.

pragmáticos muito diferentes: a teoria absoluta e a teoria relativa”.

A teoria absoluta (*absolute Theorie*) indica que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é sempre o mesmo, independente das situações e circunstâncias do caso em particular. Ao discorrer sobre o tema, Daniel Sarmiento lembra que isso significa que o conteúdo essencial

deve ser delimitado abstratamente, não podendo os seus confins ser ultrapassado em nenhuma hipótese, nem mesmo quando a invasão possa ser justificada pela proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia. Dita teoria é perfilhada, entre outros autores, por Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade<sup>708</sup>.

Para a teoria absoluta o núcleo essencial de um direito fundamental possui um conteúdo normativo irrestringível, abstractamente fixado. Assim, para ela, há um limite externo cuja feição é previamente estabelecida e constitui uma barreira intransponível a ação legislativa ou mesmo dos demais potenciais agressores do direito fundamental. Há, nos direitos fundamentais, um espaço interior livre de *qualquer* intervenção estatal, como indicou Robert Alexy<sup>709</sup> ao expor a teoria absoluta.

Defensor da teoria absoluta, Jörg Paul Müller<sup>710</sup> a descreve sustentando que o conteúdo essencial do direito fundamental é aquilo que não pode, em nenhuma hipótese, ser violado, podendo ser determinado em abstrato, e “*le noyau du droit fondamental ne résulte pas d’une pesée d’intérêts dans le cas d’espèce, mais il représente une sphère qui est d’une importance telle que sa protection doit être absolue et ne saurait être relativisée par aucun intérêt opposé*”, objetando assim tanto o afastamento do núcleo quanto a possibilidade de ponderação.

Para a teoria absoluta, haveria um núcleo fundamental abstratamente determinável, próprio de cada direito, e, assim, intocável, porquanto significaria o “coração do direito” na como indicou José Carlos Vieira de Andrade<sup>711</sup> ao refletir sobre o assunto. Por isso, rejeita a teoria relativa, justificando que ele representa “uma proibição absoluta, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável”<sup>712</sup>.

---

<sup>708</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>709</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.298.

<sup>710</sup> MÜLLER, Jörg Paul. *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne-Suíça: Staempfli Editions, 1983, p.159.

<sup>711</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.285.

<sup>712</sup> *Ibidem, p.286.*

Como lembra Gilmar Ferreira Mendes<sup>713</sup>, na perspectiva absoluta, o núcleo essencial configuraria uma “unidade substancial autônoma (*substantieller Wesensgehalt*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa”.

O conceito talhado por Antonio-Luis Martínez-Pujalte<sup>714</sup> ensina que a nota característica da teoria absoluta é defender “que existe uma determinada esfera permanente do direito fundamental que constitui seu núcleo essencial”.

Essa mesma posição levou Jorge Miranda<sup>715</sup> a sustentar que o caráter absoluto procura definir o que está e o que não está incluído no âmbito de proteção desse direito, de forma definitiva, não separando o direito abstrato do concretamente aplicado.

A tese da teoria absoluta, predominante na Alemanha – *in Keinen Fall* - como indicam Pablo Lucas Verdú<sup>716</sup> e Robert Alexy<sup>717</sup>, sustentam que o conteúdo essencial reveste-se de uma magnitude absoluta, sendo portando independente de ponderações posteriores, ou do resultado da proporcionalidade.

Diversas manifestações do Tribunal Constitucional Federal alemão levam à compreensão de que ele tem adotado, com mais intensidade, a teoria absoluta, como se pode verificar, por exemplo, na clássica decisão versando acerca das gravações secretas quando afirma que “nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção na esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta; não há lugar para um sopesamento nos termos da máxima da proporcionalidade”<sup>718</sup>.

Na defesa do conteúdo absoluto, José Carlos Vieira de Andrade<sup>719</sup> adverte para o perigo que advém da defesa de uma teoria relativa, porque nela se albergariam atitudes legislativas que invoquem a aparência situação de conflito para restringir os direitos fundamentais. Sendo o conteúdo essencial um meio de defesa contra a própria ação legislativa, não se poderia

---

<sup>713</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.316.

<sup>714</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.22.

<sup>715</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.IV. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.341.

<sup>716</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.183.

<sup>717</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.298.

<sup>718</sup> BVerfGE 34, 238 (245) citado por ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.<sup>298</sup>.

<sup>719</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.286.

permitir ao legislativo a possibilidade de manipular os seus limites, ampliando seu espaço de atuação para além do possível, representado pelo conteúdo essencial.

Todavia, o fato de ter um núcleo essencial fixo, não significa que a teoria seja radical, tendo em vista que o conteúdo desse critério pode variar segundo as circunstâncias do momento.

A doutrina tem se esforçado<sup>720</sup> para demonstrar que a teoria que proclama ser o conteúdo essencial absoluto não é sinônima de uma teoria que sustente conteúdo essencial imutável. Não desconhecem o pensamento tantas vezes defendido por Theodor W. Adorno e Max Horkheimer<sup>721</sup> segundo os quais a verdade é um núcleo temporal, que não pode enxergar o movimento histórico como algo imutável.

Em face disso, impõe-se elaborar uma distinção entre duas espécies dessa teoria absoluta, a do conteúdo absoluto-dinâmica e a do conteúdo absoluto-estático.

O conteúdo essencial pode ser dinâmico e, ao mesmo tempo, absoluto quando, embora exista uma área intransponível em qualquer circunstância, o seu conteúdo pode ser modificado com o curso do tempo, em razão das circunstâncias fáticas e sociais.

Logo, no conteúdo absoluto-dinâmico, a característica absoluta não significa imutabilidade ou conteúdo petrificado e congelado no tempo, mas, aqui, implica que o que é protegido não sofre relativizações ou aplicações relativizadas por conta das modificações que a vida cotidiana impõe.

A característica absoluta do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade, indicando Virgílio Afonso da Silva<sup>722</sup> que, “absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com a urgência e contingências”.

A modificação do conteúdo, na teoria absoluta-dinâmica, pode corresponder a um redesenhar do núcleo essencial, de tempos em tempos, pela atividade da construção de um constitucionalismo voltado a realizar o avanço de uma atividade concretizadora e evolutiva dos direitos fundamentais. Isso porque, o constitucionalismo democrático não pode permanecer inerte, mas deve ir além, partindo da compreensão que as constituições foram criadas como instrumentos eficazes da luta pela realização dos direitos fundamentais. É até

---

<sup>720</sup> Virgílio Afonso da Silva cita, como exemplos, George Herbert, In *Der Wesensgehalt der Grundrechte* e Claudia Drews, In *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, II, GG*.

<sup>721</sup> HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

<sup>722</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.188.

mesmo o que impõe o princípio do estado democrático de direito, em sua compreensão neoconstitucional.

Já o conteúdo essencial absoluto-estático significa que ele é absoluto tanto na sua conformidade de espaço quanto no sentido material-temporal<sup>723</sup>. Aqui, sim, o conteúdo revelar-se-ia, além de intangível, imutável. Nessa perspectiva, existiriam conteúdos eternos e imutáveis que não dependem das circunstâncias culturais, sociais, ideológicas ou políticas vigentes.

Esta defesa de um conteúdo estático coaduna-se com a perspectiva *ahistórica* de compreensão do direito, apresentada por Castanheira Neves<sup>724</sup>. Essa perspectiva, sem dúvida, deixa de prestigiar a inexorável necessidade de adaptação do texto constitucional à realidade vigente<sup>725</sup>. Noutra contexto, acaba por deixar desprotegida a parte do conteúdo essencial dos direitos fundamentais que embora relevante, não tenha sido incluída no conteúdo do núcleo essencial.

A par disso, Virgílio Afonso da Silva<sup>726</sup>, lastreado em monografia de Claudia Drews<sup>727</sup>, afirma que esse pensamento estático desprestigia a noção de que a Constituição deve estar apta a reagir às modificações da realidade circundante, e que ela, assim como os direitos fundamentais, são necessariamente dinâmicos, mas ressalva que tal defeito ocorrerá com maior plenitude se o conteúdo essencial absoluto-estático for definido de forma muito ampla. Isso porque, se definido de forma mais estreita, a parte que sobeja poderá ser objeto da atuação restritiva ou conformativa do poder público.

Cabe aqui um esclarecimento ainda não feito. A estrutura normativa dos direitos fundamentais é composta por duas partes bem distintas, dogmaticamente independentes uma da outra, mas que compõem o mesmo direito fundamental, ou seja, são partes componentes de seu conteúdo total: o núcleo essencial e a parte remanescente do direito fundamental.

Como defendeu Juan Cianciardo<sup>728</sup>, o conteúdo essencial é apenas uma parte do direito fundamental, sendo ele uma parte não disponível ao legislador, imune a sua ação, e outro disponível à atuação conformativa ou configurativa, logo, há um conteúdo essencial e um

---

<sup>723</sup> *Ibidem*, p.189.

<sup>724</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. v.3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.47

<sup>725</sup> Sobre o tema, recomenda-se consultar HÄBERLE, Peter. The Constitutional State and Its Reform Requirements. *Ratio Juris*, v.13, n.1, March 2000, p.87, que sustenta que “*the philosophical background for the definition and implementation of concrete reform topics in constitutional and juridical politics creates a trio of possibilities, necessity, and reality approaches*”.

<sup>726</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op.cit.*, 2009, p.188.

<sup>727</sup> Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG. Baden-Baden: Nomos, 2005

<sup>728</sup> CIANCIARDO. Juan. *El conflictismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa, 2000, p.258-259.

conteúdo não-essencial dos direitos fundamentais, incluindo-se nesta outros valores que o direito fundamental em questão visa assegurar. No mesmo sentido, Juan Carlos Gavara de Cara<sup>729</sup> tributa a Ulrich Scheuner a defesa dessa tese que defende a existência de uma dupla esfera dos direitos fundamentais.

Nessa parte acessória admite-se a ação legislativa, rejeitada a possibilidade de limitações ao núcleo essencial. Mesmo nessa parte não-essencial, deve-se aplicar o postulado da proporcionalidade, como indica Cláudia Perotto Biagi<sup>730</sup>.

Exatamente por isso, não procede a objeção formulada por Ana Maria D'Ávila Lopes<sup>731</sup> no sentido de que a parte não-essencial “estaria totalmente desprotegida”, porque à esta se reservaria a técnica da ponderação, com os defeitos e qualidade de que a defende.

As figuras apresentadas e descritas por Virgílio Afonso da Silva<sup>732</sup> revelam um conteúdo total de um direito fundamental que seria integrado por dois círculos concêntricos, compostos por diferentes faculdades e posições jurídicas que, em relação a própria identificação do direito fundamental, ganham intensidade, particularidade e relevância, na medida em que se aproximam do centro, sendo o círculo menor o representativo do conteúdo essencial.

A hermenêutica constitucional, tal como apresentada por Ana Paula de Barcellos<sup>733</sup> já traz a proposição de um modelo interpretativo que também projeta dois círculos concêntricos, sendo o círculo interior ocupado por condutas mínimas, ou seja, é uma área nuclear com tratamento de regras jurídicas, e o círculo exterior a ser preenchido pela deliberação democrática, ou seja, uma área não nuclear de expansão dos princípios reservados ao legislador democrático.

Sendo assim, o conteúdo essencial na perspectiva estática – a não ser que se admitisse um fechamento de um conteúdo essencial imune as alterações da vida, o que não parece consentâneo com a abertura e a capacidade de renovação da constituição – merece ser rejeitado, porque sua admissão representaria mais um obstáculo ao desenvolvimento do direito, que uma proteção efetiva.

Independente da teoria estática ou dinâmica, o certo é que o conteúdo absoluto ainda enfrenta

---

<sup>729</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.218.

<sup>730</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.81.

<sup>731</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p.90.

<sup>732</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.190.

<sup>733</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.1-9 e 180.

a dificuldade adicional de demonstrar ou caracterizar *in abstracto* a existência desse mínimo essencial. Esse obstáculo, consubstanciado na difícil identificação, pode ensejar o sacrifício do objeto que se pretende proteger.

Tal como visto nas análises do suporte fático restrito e da teoria interna, a grande dificuldade que enfrenta essa matriz teórica é o de definir o que pertence a esse conteúdo e o que é nele acessório.

A dificuldade de demonstração abstrata desse conteúdo essencial poderia, advertiu Antonio-Luis Martínez-Pujalte<sup>734</sup>, transformar o direito fundamental numa fórmula vazia, ou num direito completamente artificial e tecnicamente insustentável.

Foi por isso que J.J. Gomes Canotilho<sup>735</sup> asseverou que a teoria absoluta esquece que a determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo a possibilidade de um determinado núcleo essencial de certo direito vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa de outro bem.

Sustenta, por isso, Manoel Jorge e Silva Neto<sup>736</sup> que não há direito absoluto dentro do ordenamento jurídico, nem qualquer um que pode “ser exercido sem peias e limites, principalmente porque a ideia poderá reconduzir à prevalência absoluta de um direito fundamental em face de outro, também protegido pela Constituição, redundando, assim, em ofensa aos princípios da unidade e da concordância prática”.

Em razão dessa crítica que se desenvolveu, atualmente com maior prestígio, sobretudo diante da forte influência da teoria dos princípios de Robert Alexy<sup>737</sup>, que no Brasil ganhou inúmeros adeptos, a teoria relativa, abaixo examinada.

#### 4.2.4.2 O conteúdo essencial como valor relativo. A teoria relativa

Já para a teoria relativa, o valor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais somente pode ser conhecido, em cada caso, e somente após a análise dos valores e interesses em jogo.

---

<sup>734</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.31.

<sup>735</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.454.

<sup>736</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.604-605.

<sup>737</sup> Vide ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.



Segundo Ana Maria D'Avila Lopes<sup>738</sup> o conteúdo essencial do direito fundamental em análise é relativo “porque, segundo as exigências do momento, o conteúdo poderá ser ampliado ou restringido”.

O conteúdo, nessa teoria, não é pré-estabelecido, mas pós-estabelecido; identificado após a análise do caso concreto, mediante um juízo complexo de ponderação e de exame de proporcionalidade em sentido amplo, como indicou Martin Borowski<sup>739</sup>. A teoria relativa permite um conceito maleável de núcleo essencial, em conformidade com as noções de *derecho dúctil* definidas no pensamento de Gustavo Zagrebelski<sup>740</sup>.

Como indicou Virgílio Afonso da Silva<sup>741</sup>, o ponto nuclear da teoria relativa “consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental”.

Nesse caso, lembra Cláudia Perotto Biagi<sup>742</sup>, o núcleo essencial há de ser definido para cada caso tendo em vista o objetivo perseguido pela norma restritiva. O conteúdo essencial somente seria objeto de uma restrição inadequada quando formulada de maneira desnecessária ou desproporcional. Diante disso, o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e poderá variar caso à caso, dependendo dos direitos envolvidos, das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos no caso concreto.

Robert Alexy<sup>743</sup>, diante da teoria relativa, afirma que para ela o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento, razão porque “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”.

Como se observa, a garantia do conteúdo essencial, na perspectiva relativa, é reduzida à máxima da proporcionalidade, levando Gilmar Ferreira Mendes<sup>744</sup> a dizer que para a teoria relativa o

---

<sup>738</sup> LOPES, Ana Maria D'Avila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. N.164, 2004, p.8.

<sup>739</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.98.

<sup>740</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Tradução de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995, p.14-15.

<sup>741</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.196.

<sup>742</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.78.

<sup>743</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.297.

<sup>744</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.44.

[...] núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação.<sup>745</sup>

Os conceitos de proporcionalidade e de conteúdo essencial estão intimamente ligados, na medida em que o caráter relativo deste é dado por aquele. Assim, como pelo exame da proporcionalidade exige-se, com relação as medidas restritivas, que o objetivo desejado esteja dentre aqueles constitucionalmente determinados e que a medida utilizada encontre autorização constitucional, como defendeu Joaquín Brage Camazano<sup>746</sup>, qualquer intervenção, por menor que seja, se não for autorizada já seria apta a violar a cláusula de essencialidade. Por outro lado, violações intensas, se justificadas, não molestariam o conteúdo essencial.

Para José Carlos Vieira de Andrade<sup>747</sup>, nas teorias relativas, a restrição sempre será admitida quando exigida para a realização de bens jurídicos outros, que devessem ser considerados, no caso concreto, como mais valioso e, somente na medida em que essa exigência se imponha pelo exame da proporcionalidade. Por isso, conclui que a teoria se assenta na harmonização de bens jurídicos.

A teoria relativa trata a essencialidade como um valor a ser protegido e respeitado no caso concreto, e não abstratamente. O núcleo essencial não é uma medida fixa e pré-estabelecida, não se apresentando como um elemento estável nem uma parte autônoma do direito fundamental, como indica Juan Carlos Gavara de Cara<sup>748</sup>.

Em outras palavras, para os adeptos dessa teoria relativa, o âmbito de contorno do conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é estabelecido abstratamente, nem *a priori*, mas somente diante das possibilidades jurídicas e fáticas que se apresentam, e num sofisticado modelo de aplicação de normas que não estão, *prima facie*, prontas para ser definitivamente utilizada.

Subordinado a teoria dos princípios de Robert Alexy, a teoria relativa define, segundo as exigências do momento, o conteúdo essencial do direito fundamental que, assim, pode ser ampliado ou restringido.

---

<sup>745</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.112.

<sup>746</sup> CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.209 e 217.

<sup>747</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.285.

<sup>748</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.331.

O que é essencial no direito fundamental depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Logo, a variabilidade é manifesta e resolvida diante da íntima ligação com a proporcionalidade<sup>749</sup> ou com a teoria da concordância prática de Hesse<sup>750</sup>, que defende a harmonização entre todas as normas constitucionais.

Para Virgílio Afonso da Silva “o ponto central de toda teoria relativa consiste na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental”<sup>751</sup>. Assim, se a teoria absoluta enfrenta dificuldades de informar o que é ou não essencial, como acima indicado, a relativa, por conferir uma excessiva flexibilidade ao estatuto dos direitos fundamentais, pode acabar gerando uma situação de insegurança e imprecisão ainda maior.

Tal permanente possibilidade de restrição pode levar o direito fundamental a seu completo sacrifício, como advertiu Antonio-Luis Martínez-Pujalte<sup>752</sup>. Segundo Luis Prieto Sanchís<sup>753</sup>, a teoria relativa teria como ponto fraco a ideia de que, mesmo diante da cláusula do conteúdo essencial, poderia ser admitido o sacrifício completo do direito fundamental.

Fica patente que para essa teoria, tem-se um conteúdo essencial dos direitos fundamentais não desempenha um caráter material ou substantivo, mas um importante elemento para o desenvolvimento de um conteúdo processual constitucional, uma vez que se dirige muito mais a análise da atividade pública – sobretudo legislativa - e sua pertinência aos ditames constitucionais.

A proteção do direito fundamental passa a ser, tão somente, de caráter processual argumentativa: a intervenção estatal é analisada somente na medida em que afeta o direito fundamental, e a gravidade desta intervenção dependerá dos argumentos que se possa apresentar para justificá-la. Ainda que não se desconheça a defesa de que somente este caráter aberto de análise respeita a evolução histórico-social dos conceitos trazidos nas normas de direitos fundamentais, cabe lembrar que essa dinamicidade também é ofertada por um conteúdo absoluto-dinâmico.

Em conclusão, a teoria relativa tem a enorme vantagem de permitir um avançar contínuo e

---

<sup>749</sup> Tal ligação tem sido entre o conteúdo essencial e a proporcionalidade tem recebido críticas contundentes do professor Jorge Miranda, em seu Manual de Direito Constitucional, v.IV, p.341.

<sup>750</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

<sup>751</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.196.

<sup>752</sup> MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.28.

<sup>753</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.233.

uma atualização do conteúdo do direito, mas deixa a cargo da jurisdição constitucional a nobre tarefa de construir um conteúdo essencial dos direitos fundamentais tendente a, de fato, dar ao cidadão uma possibilidade efetiva de perceber a alvorada de modernidade, ainda não vista no estado brasileiro.

#### 4.3 APLICABILIDADE AOS DIREITOS SOCIAIS DAS TEORIAS DEFINIDORAS DO CONTEÚDO ESSENCIAL

##### 4.3.1 Considerações preliminares

Não são poucos os autores que entendem que não se pode falar em restrições em relação aos direitos fundamentais prestacionais, mas tão somente aos direitos de defesa, cabendo registrar que o próprio Karl August Bettermann<sup>754</sup> limita sua exposição aos direitos de liberdade, recusando expressamente a análise dos limites aos direitos sociais.

Justificam tais autores, como entendem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>755</sup>, que em se tratando de direitos a prestações, não haveria restrição, mas meramente concretização insuficiente da norma, omissão do poder público que não cumpre, ou não cumpre integralmente, a obrigação prevista na norma. Nesse caso, somente seria possível admitir a existência de uma restrição quando determinando âmbito de proteção já estivesse definido na Constituição ou na norma infraconstitucional, e fosse então atingido por redução realizada pelos poderes públicos.

Como se pode verificar, a análise da doutrina portuguesa está adstrita à vedação do retrocesso na implementação dos direitos fundamentais, porque, na medida em que o Estado satisfaz – seja concretamente, seja por meio da edição da legislação complementar – as obrigações previstas em normas de direitos fundamentais sociais, ele não poderia revogar estas leis, ou comprometer eventuais estruturas e instituições criadas especificamente para esta finalidade, sem criar esquemas alternativos ou compensatórios.

---

<sup>754</sup> BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003. p.1515.

<sup>755</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p.133.

O lastro da vedação de retrocesso foi examinado por Cristina Queiroz<sup>756</sup> - e nesse estudo já tratado – quando, defendeu<sup>757</sup> que a vedação do retrocesso social, ou a não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Nichtumkehrbarkeit –, significa que, uma vez consagradas normativa e faticamente as referidas prestações sociais, não é dado eliminá-las sem imediato estabelecimento de alternativas ou compensações.

Todavia, a defesa dessa distinção não parece defensável por dois motivos que serão abaixo debatidos.

O primeiro porque, como se explanou, na estrutura de todo direito fundamental existe tanto uma dimensão negativa quanto uma dimensão positiva, não sendo os direitos fundamentais os únicos que exigem ação concreta de realização, mas também os direitos de liberdade.

Por isso, quando aqui se fez a análise da classificação funcional dos direitos fundamentais, se defendeu que os direitos fundamentais sociais possuem tanto uma função de defesa, na medida em que estabelecem posições concernentes à proteção do indivíduo em face da ingerência do estado ou do particular, quanto uma – direitos a prestação em sentido estrito – exigência de prestações materiais pelo ente estatal, observando, todavia, que também os direitos de liberdade demandam, ao lado da dimensão negativa, uma dimensão positiva consistente no enorme conjunto de medidas indispensáveis a garantia desse próprio direito.

Sendo assim, essa primeira objeção pode ser assim formulada: os direitos fundamentais sociais reclamam ações positivas da mesma forma como exigem os direitos de liberdade, ainda que se admita que os sociais, por terem um grau de maturação temporal ainda inferior, demandam mais ações concretas, sobretudo em sociedades de modernidade tardia como é o caso da brasileira.

A segunda objeção parte da constatação de Virgílio Afonso da Silva<sup>758</sup> que lembrou que para os direitos sociais – e também para os direitos a prestações em sentido amplo – deve-se reavaliar as variáveis do suporte fático, de forma a constatar que o âmbito de proteção de um direito social é “composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito”; enquanto a intervenção estatal, se antes ela significava agir de forma restritiva, agora ela implica não agir ou agir de forma insuficiente; e, por fim que na fundamentação constitucional agora passa a ser de inconstitucionalidade por omissão ou da ação insuficiente.

---

<sup>756</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.101.

<sup>757</sup> *Idem*. *O princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Sociais*: Princípios Dogmáticos e prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.67.

<sup>758</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.76-78.

Logo, essas objeções contribuem para afastar tentativas de recusar a existência de um conteúdo essencial aos direitos sociais, sobretudo no constitucionalismo brasileiro, onde por expressa determinação constitucional, todas as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicação imediata<sup>759</sup>.

Para esse estudo, a restrição não autorizada pela constituição aos direitos fundamentais, significa o conjunto de ações ou omissões do poder público tendentes a desrespeitar o conteúdo essencial dos direitos, sejam eles de primeira ou de segunda dimensão, de liberdade ou de igualdade material.

Portanto, para os propósitos aqui desenvolvidos, sempre que se estiver diante de uma ação ou omissão do Estado que enfraqueça ou deixe de concretizar as obrigações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais, reduzindo, obstaculizando ou mesmo impossibilitando os meios de acesso dos indivíduos ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais protegidos, estar-se-á diante de uma restrição indevida ao direito fundamental social.

Essa restrição ao legislador – limitação de limitar ou vedação de omitir-se em realizar a configuração ou concretização<sup>760</sup> dos direitos sociais – reclama uma atuação firme na tarefa de promover a ordem jurídica destinando meios efetivos que permitam ao indivíduo fazer uso efetivo do direito fundamental.

A omissão de realização dos direitos fundamentais sociais deve ser obviada, à luz do conteúdo essencial destes, por meio da censura da insuficiência de atuação legislativa ou governamental. Nesse sentido, o Estado descumpre sua obrigação de proteção atuando de modo insuficiente, ou seja, agindo aquém dos níveis essenciais de direitos fundamentais sociais. É neste sentido que se reclama a existência daquilo que se convencionou denominar de proibição de insuficiência, tomada no sentido de insuficiente implementação dos deveres de prestação do Estado - *Untermassverbot*.

Como informa Ingo Wolfgang Sarlet<sup>761</sup>, referida doutrina foi forjada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em

---

<sup>759</sup> Cf. artigo 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988.

<sup>760</sup> Como já se teve oportunidade de aqui informar, José Felipe Ledur, apoiado no pensamento de Konrad Hesse, lembra que nem sempre conformação e concretização são sinônimos, na medida em que aquela compreende a concretização, como no caso do direito fundamental à associação que se concretiza com a manifestação de vontade daqueles que desejam se associar. (LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.46).

<sup>761</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.47, Ano 2004, p.95.

maio de 1993<sup>762</sup>, no qual considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal maneira que os deveres de concreção, portanto, as medidas estabelecidas pelo constituinte ao legislador devem ser suficientes para assegurar ao menos o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais.

A violação da proibição de insuficiência encontra-se habitualmente representada por uma omissão, seja total ou parcial, do poder público, no cumprimento do imperativo constitucional a ele dirigido, levando Gilmar Ferreira Mendes<sup>763</sup> a ela referir-se pela expressão proibição de omissão, emparelhando-a a proibição de excesso que o postulado da proporcionalidade, em seu sentido amplo, visa impedir que ocorra.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, tem compreendido a proibição de insuficiência como uma das duas possibilidades da verificação da proporcionalidade, no caso, da proporcionalidade da omissão, como se extrai do exame do Recurso Extraordinário número 418.376-5/MS, no qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou que a vedação da insuficiência, reclama “para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias)” uma “outra faceta desse princípio”. No mesmo sentido, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade número 1800-1/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que “como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição de excesso (Übermassverbot), e, de outro, a proibição de proteção deficiente (untermassverbot)”.

A aplicação da proibição da insuficiência pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, já levou a decisões ordenando: que se construa unidade para cumprimento de medidas sócio-educativas por adolescentes infratores<sup>764</sup>; que se garanta quadro suficiente de professores na escola<sup>765</sup>; e se ofereça transporte gratuito até a unidade de ensino<sup>766</sup>; que sejam criados leitos em UTI de hospital público<sup>767</sup>; que se preste tratamento

---

<sup>762</sup> Cf. *BverfGE* 88, pp. 203 (254).

<sup>763</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.209.

<sup>764</sup> SL 235-0 (TO).

<sup>765</sup> SL 241-7 (RJ) e STA 263-5 (RJ).

<sup>766</sup> STA 318 (RS).

<sup>767</sup> SL 228-7 (CE).

odontológico<sup>768</sup>; e que sejam concedidos gratuitamente certos medicamentos, constantes<sup>769</sup> ou não constantes<sup>770</sup> da lista do programa governamental brasileiro de dispensação de fármacos e medicamentos.

Não obstante a largueza da aplicação do princípio pela Suprema Corte brasileira, pelo que se observa, o Supremo Tribunal Federal<sup>771</sup> tem aplicado a proibição de insuficiência sem emprestar e ela autonomia dogmática, mas antes operando a vedação como controle da proporcionalidade das omissões governamentais.

Noutro giro, defendendo a autonomia dogmática da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Claus-Wilhelm Canaris<sup>772</sup> sustenta que, apesar de uma possível semelhança no campo dos efeitos finais, não valem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sustentação da proibição da insuficiência. Para ele, no âmbito de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz esta proteção.

Ao analisar referido o aspecto atinente a insuficiência de atuação, J. J. Gomes Canotilho<sup>773</sup> a ele se refere como “proibição de defeito (Untermassverbot)”, ocorrente diante da adoção insuficiente de garantia de proteção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais ou, noutras palavras, sempre que se adotarem medidas de natureza normativa ou material incapazes de proteger adequada e eficazmente os direitos fundamentais, que em sua dimensão de defesa, quer em sua dimensão de prestação positiva.

Longe de superar o debate – se a proibição de insuficiência representa uma categoria jurídica autônoma ou outra face do postulado da proporcionalidade –, porque fora dos propósitos do que aqui se estuda, defende-se aqui que haverá insuficiência de concretização dos direitos

---

<sup>768</sup> STA 238 (TO).

<sup>769</sup> STA 277 (AL).

<sup>770</sup> STA 245 (RS), STA 278-6 (AL), STA 198 (MG), SS 3690 (CE), SS 3751 (SP), SS 3741 (CE)

<sup>771</sup> No mesmo sentido, confira-se a ADI 3510/DF, onde o Ministro Gilmar Mendes afirmou: “A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (Übermassverbot), mas como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)”.

<sup>772</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2009, p.67.

<sup>773</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.267.



fundamentais sociais toda vez que este não é configurado no seu núcleo essencial<sup>774</sup>, incorrendo em inconstitucionalidade por omissão, ainda que parcial. Nesse caso, a existência de insuficiente implementação dos deveres de prestação do Estado – Untermassverbot – induz violação constitucional.

Sendo assim, restrições somente serão legítimas – obviamente, em tempos de normalidade<sup>775</sup> – se respeitarem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, devendo ser corrigidas aquelas ações, e, principalmente, as omissões, que agridam o conteúdo essencial dos direitos sociais.

Até este ponto, a matéria já esta de algum modo amadurecida e discutida, sendo que as maiores dificuldades que se devem enfrentar residem exatamente na definição de qual o conteúdo essencial desses direitos fundamentais sociais. Para tanto, muitas têm sido as abordagens possíveis, reclamando uma breve sistematização de algumas delas, antes de se partir para uma tentativa de construção de uma teoria adequada ao grau de maturidade do constitucionalismo brasileiro.

O que se intentará fazer doravante é descortinar múltiplas abordagens e possibilidades dogmáticas de definição do conteúdo essencial dos direitos sociais.

#### **4.3.2 Métodos de definição do conteúdo essencial dos direitos sociais**

##### 4.3.2.1 Conteúdo essencial dos direitos sociais na teoria relativa.

Conforme examinado acima, a teoria relativa assenta-se na crença de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais revela-se posteriormente, no momento da aplicação, levando-se em conta as circunstâncias concretas, as possibilidades jurídicas, fáticas e normativas que se apresentam.

---

<sup>774</sup> Evidentemente que não pretende afirmar que somente há insuficiência nessa hipótese, de violação do conteúdo essencial, mas indica-se haver a insuficiência sempre que o núcleo essencial for desrespeitado.

<sup>775</sup> O regime constitucional dos direitos fundamentais em caso de crises graves deve ser excepcionado, sendo que no caso Brasileiro há suporte à diversas restrições aos direitos fundamentais no caso de estado de sítio ou de estado de defesa, como se pode conferir no teor dos artigos 136 a 139 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Para essa teoria relativa, como assinalou Virgílio Afonso da Silva<sup>776</sup>, as “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”, devendo-se, portando, considerar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais como o resultado de uma ponderação de bens, valores e interesses, sempre se examinando a intensidade da restrição, diante dos postulados da proporcionalidade, ou seja, do exame da idoneidade, da necessidade e da justa medida da restrição.

Nesse caso, o conteúdo essencial do direito social somente pode ser apreciado, no caso concreto, diante das circunstâncias que se apresentam, e dos outros bens jurídicos que se protege. Foi essa noção que levou Robert Alexy<sup>777</sup>, diante da teoria relativa, a afirmar que para ela o conteúdo essencial “é aquilo que resta após o sopesamento”, razão porque entende 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”.

Para a teoria relativa, a garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais seria reduzida ao postulado da proporcionalidade, na forma da proibição de proteção insuficiente da prestação requestada, como defendeu Martin Borowski<sup>778 779</sup>, sendo que o conteúdo essencial do direito somente pode ser definido *a posteriori*, e não abstratamente, exigindo-se a análise à luz do caso concreto.

Arauto da teoria relativa, Luis Pietro Sanchís<sup>780</sup>, sustentando a impossibilidade de determinação abstratamente e de modo definitiva o conteúdo essencial de cada direito fundamental, afirma que “el contenido esencial se obtiene al final del proceso de argumentación em cada caso concreto”<sup>781</sup>, simplificando sua explicação ao afirmar o conteúdo essencial “es lo que queda del derecho después de la ponderación”<sup>782</sup>. Para ele, há um caráter imprevisível no conteúdo essencial que conduz a necessidade de definição dele, somente no

---

<sup>776</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.177 e 197.

<sup>777</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.297.

<sup>778</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.98.

<sup>779</sup> Defendendo a autonomia dogmática da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) e apartando-a da proporcionalidade, confira-se a reflexão de Claus-Wilhelm Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2009, p.67 *et seq*).

<sup>780</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p.233 e 235.

<sup>781</sup> *Ibidem*, p.233.

<sup>782</sup> *Ibidem*, *loc. cit*.

caso concreto, diante do significado constitucional do tipo jusfundamental em questão<sup>783</sup>.

Diante dessa firme defesa do conteúdo relativo, Luis Pietro Sanchís<sup>784</sup> acaba por salientar que o conteúdo essencial se converte num “argumento em blanco”, não significando contudo seja supérfluo na medida em que desempenha ao menos duas funções bem delimitadas. Pela primeira<sup>785</sup>, imporia esforço argumentativo adicional toda vez que a restrição do direito fundamental<sup>786</sup> se aproximar do seu respectivo núcleo essencial, importando assim numa exigência adicional na ponderação perpetrada; já pela segunda função, serviria como argumento contraposto aos argumentos econômicos ou consequencialistas presentes na ponderação<sup>787</sup>.

Percebe-se assim que, para esse autor, a obrigação do conteúdo essencial não é um aspecto chave<sup>788</sup>, já que a relevância da questão reside na exigência de justificação de qualquer medida a disposição dos direitos fundamentais. Todavia, da segunda função pode-se extrair relevante objeção aqueles que acabam por elevar a reserva do possível à condicionante absoluto para a implementação dos direitos sociais<sup>789</sup>, quase sempre fulcrados nas idéias utilitaristas de Ricard Posner<sup>790</sup>, acabando por abandonarem parcelas relevantes dos direitos, constitucionalmente consagrados.

Nesse ponto, importa ainda registrar uma distinção, muitas vezes ignorada, entre proporcionalidade e sopesamento ou ponderação. O método da ponderação consiste em adotar uma decisão de preferência entre vários bens jurídicos que se encontram em situação de conflito, com a prévia descrição da situação colidente, como apresenta Juan Carlos Gavara de Cara<sup>791</sup>. Essa ponderação pode ser abstrata ou concreta, sendo a primeira o resultado de uma comparação fictícia entre bens jurídicos de igual hierarquia, em que a norma legal formula a escolha, optando por um deles em detrimento do outro; e a segunda, a concreta, partindo do

---

<sup>783</sup> *Ibidem*, p.234.

<sup>784</sup> *Ibidem*, p.235.

<sup>785</sup> *Ibidem*, p.236-237.

<sup>786</sup> E aqui se deve acrescer a insuficiência de implementação ou de concretização da dimensão prestacional dos direitos fundamentais.

<sup>787</sup> No mesmo sentido, confira-se: BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13, n.38, maio-ago. 1993. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79490>>. Acesso em : 20 out. 2010.

<sup>788</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Op. cit.*, 2009, p.237.

<sup>789</sup> Nesse trabalho já se ressaltou posição contrária a aplicação da teoria da reserva do possível, cabendo destacar sua não admissão, nesse estudo, quando diante do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

<sup>790</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003, *passim*.

<sup>791</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.332.

pressuposto de que o conflito não foi, ou não pode ser resolvido, pela norma, defende que somente no caso concreto é que se poderá, utilizando-se a proporcionalidade, realizar uma aplicação concordante das normas constitucionais em conflito.

Diante do teor do artigo 19, inciso II, da Lei Fundamental alemã, no que pertine à defesa do núcleo essencial, Robert Alexy chega a conclusão de que ela “não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais”. Logo, para essa reflexão, a garantia do conteúdo essencial teria perdido sua operatividade em virtude do princípio da proporcionalidade, como lembrou Mariano Bacigalupo<sup>792</sup>.

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais, para a teoria relativa, resulta numa proteção móvel e dinâmica que “acaba se confundindo com o próprio princípio da proporcionalidade” como sintetizou Daniel Sarmento<sup>793</sup>.

Nesse quadro de ponderação e proporcionalidade que se definiria o conteúdo dos direitos sociais, no caso concreto, sendo ele uma questão de sopesamento entre princípios, de um lado o da liberdade fática, e do outro os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado pela separação de poderes, além dos princípios materiais que se reportam aos direitos de terceiros e, ainda, outros direitos fundamentais sociais, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>794</sup>.

Para os direitos fundamentais sociais, além da fundamentação que justifique a omissão ou a ação insuficiente, devem ser examinadas as possibilidades fáticas e jurídicas<sup>795</sup>, sobretudo porque o dever de proteção não existiria apenas em face do indivíduo, mas também em face da totalidade dos cidadãos.

É diante dessa defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que Flavio Galdino<sup>796</sup> realiza seu estudo sobre a teoria dos custos dos direitos, nitidamente inspirada nas

---

<sup>792</sup> BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13, n. 38, maio-ago. 1993. P. 297-315. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79490>>. Acesso em: 20 out. 2010, p.301-302.

<sup>793</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.107-108.

<sup>794</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.512.

<sup>795</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.463-464.

<sup>796</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.181.

formulações desenvolvidas por Stephen Holmes e Cass Sunstein<sup>797</sup>, defendendo um modelo teórico dos custos dos direitos, revelando a superação das reflexões que põem os obstáculos financeiros como externalidades aos direitos, devendo ser levadas em consideração secundária.

Para esta reflexão derredor da relatividade que se assentada num modelo de proporcionalidade é que o conteúdo essencial dos direitos sociais dependeria sempre de uma circunstância concretamente analisada, cabendo a definição dele à análise dos demais direitos, da vida coletiva e das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Numa leitura estruturalmente adequada, Paulo Gilberto Cogo Leivas<sup>798</sup>, analisa os preceitos parciais da proporcionalidade no sentido da não-suficiência de promoção, indicando que, nesse caso, uma medida será adequada quando seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pelo direito fundamental à configurar; será necessária quando exclui outras medidas que patrocinam, em menor intensidade, o direito social; e, por fim, será proporcional em sentido estrito quando garantir a mais ampla e possível realização de um direito fundamental.

É claro que essa definição, confiada ao postulado da proporcionalidade, não está imune às críticas muitas delas idênticas às formuladas à teoria externa<sup>799</sup>, destacando-se a possibilidade de tornar o direito fundamental uma ilusão desonesta porque de nada vale a existência de um direito amplo (*prima facie*) que não é garantido definitivamente, ou seja, criar-se-ia uma ilusão, aquilo que se pode rotular de direitos miragens, os quais, ao neles torçar-se, desaparecem. Foi isso que levou Martin Borowski<sup>800</sup> a refutar tal pensamento, porque, para ele, basear-se em um direito *prima facie* para atingir, tão logo, um direito definitivo é o mesmo que “criar expectativas sem fundamento”.

É aqui que se rejeita, igualmente, a equivocada doutrina da reserva do possível – já afastada também pela proibição de insuficiência – pelos certos argumentos lançados por Dirley da

---

<sup>797</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton, 1999.

<sup>798</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.283-284.

<sup>799</sup> Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, aponta a contradição lógica; a ilusão desonesta; a ausência de racionalidade no sopesamento; o problema da insegurança jurídica que gera; a inflação judiciária e a criação de direitos irrealis (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009).

<sup>800</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.197.

Cunha Junior<sup>801</sup> para quem, num Estado onde há carência de padrão mínimo de prestações sociais, onde direitos fundamentais sociais “não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível”.

Não se perca de vista, outrossim, a ausência de racionalidade<sup>802</sup>, que diz que todo sopesamento, pode conduzir a um decisionismo disfarçado, ainda que se reconheça o esforço de desenvolvimento por parâmetros que permitam algum controle de argumentação, conforme defesa feita por Virgílio Afonso da Silva<sup>803</sup> e também por Ana Paula Barcelos<sup>804</sup>.

Na prática essa forma de agir gera incerteza e a insegurança no direito, levando o destinatário a conhecer somente após a ponderação aquilo que ele de fato tinha direito de fruir de prestação estatal. Como disse Lênio Streck, isso parece pouco, num país de modernidade tardia, onde não houve *welfare state*, em que grande parte da coletividade carece de concretização de direitos sociais em níveis elementares<sup>805</sup>.

Esse modelo, embora venha ganhando grande prestígio no cenário brasileiro, ainda não resolve o problema crucial consistente na possibilidade de, numa restrição proporcional, o direito fundamental social ser completamente esvaziado, como advertiu Martin Borowski<sup>806</sup>, e, com isso, comprometer o mínimo da existência ou mesmo a dignidade da pessoa humana.

No particular, enquanto Virgílio Afonso da Silva<sup>807</sup> chega a defender a relativização da dignidade, e, portanto seu aniquilamento, Robert Alexy<sup>808</sup> propõe uma estrutura diferenciada para ela, que na prática significa aceitar que ela funciona como limite essencial absoluto.

A primeira solução, embora coerente com a teorização defendida, fragiliza a busca pelo

---

<sup>801</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.317.

<sup>802</sup> Martin Borowski, por exemplo, lembra que “Ante todo es de admitir que no se conoce un parámetro vinculante para decidir preguntas normativas mediante ponderación” (BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.20, N. 59, 2000, p.42).

<sup>803</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.148.

<sup>804</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.105 *et seq.*

<sup>805</sup> Confira-se, a esse propósito, as razões postas por Lênio Streck (STRECK, Lenio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em Terrae Brasilis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n.4, jul-dez./ 2004.

<sup>806</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p.99.

<sup>807</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.201-202.

<sup>808</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.111-114.

direito justo, como defende Ricardo Maurício Freire Soares<sup>809</sup>, enquanto a segunda, por ser solução acessória, não busca responder com profundidade os problemas que ocupam as reflexões da teoria absoluta, especialmente na tentativa de indicar o que está ou não contido no conteúdo essencial do direito fundamental social.

Ademais, a ponderação feita nessas hipóteses seria, na maioria das vezes, entre um direito fundamental social visto na sua dimensão subjetiva e o mesmo direito analisado em sua objetiva. Seria a típica hipótese de assegurar ou não o direito social de um indivíduo isoladamente ou da coletividade como um todo. Nesse caso, como não há a prevalência de um princípio constitucional sobre outro, por pertencerem ao mesmo nível hierárquico, a solução somente se oferece por uma relação de precedência condicionada<sup>810</sup> buscando-se, mediante a análise das circunstâncias de um caso concreto, estabelecer qual tem o maior peso.

No particular, esse estabelecimento de uma disputa envolvendo o chamado interesse público de lado e o interesse particular do outro, pode acabar gerando uma nefasta primazia da sociedade em todos os casos, e com isso aniquilar, na prática, a proteção ao direito social na sua perspectiva individual. Tem razão, aqui a advertência formulada por Daniel Sarmiento<sup>811</sup> para quem a solução constitucionalmente adequada a solucionar essa colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos deve respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de não levar-se a sério os direitos fundamentais, na famosa expressão de Dworkin.

Por tais razões, embora reconheça a força e a sofisticação do modelo relativo, em países de modernidade periférica e de economia forte como o Brasil<sup>812</sup>, onde as instituições democráticas ainda necessitam aprimoramento porque incipientes, a defesa de um conteúdo absoluto dos direitos sociais pode ofertar grande contribuição à superação da triste conclusão: o Brasil é um país rico, onde vive uma nação pobre.

O problema, e que agora se passará a analisar, radica na identificação da extensão e das feições do que seria esse conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais sociais, entendidos como aqueles que exigem prestação específica e concreta pelo poder público.

---

<sup>809</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

<sup>810</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2008, p.97.

<sup>811</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.109.

<sup>812</sup> O PIB nominal do Brasil em 2009 atingiu US\$ 1,8 trilhão, levando-o à posição de 8ª economia do mundo, superada a da Espanha que ficou em US\$ 1,5 trilhão no mesmo período.

#### 4.3.2.2 Conteúdo essencial dos direitos sociais na teoria absoluta.

##### 4.3.2.2.1 A dignidade da pessoa humana

Uma das possíveis estratégias de delimitação do conteúdo essencial dos direitos sociais, ao lado de uma dogmática específica de cada um dos direitos, radica na defesa da dignidade da pessoa humana, como conjunto de posições que definiriam o referido conteúdo.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>813</sup>, ao buscar respostas à indagação que se propõe, acerca de qual seja esse o limite absoluto dado pela noção de conteúdo essencial, funda-se no artigo 18, número 3<sup>814</sup>, da Constituição Portuguesa para afirmar que ele é a “dignidade da pessoa, do homem concreto como ser livre”. Para ele, a dignidade constitui a base dos fundamentos dos direitos fundamentais e o princípio de sua unidade funcional.

É por isso que, nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, eis que esta representa uma inegável esfera de proteção do ser em sua dimensão valorativa e constitutiva, uma vez que a ideia do homem digno está na base dos direitos. Desde a virada kantiana, restou demonstrado que o homem é um fim em si mesmo e, em decorrência disto, tem valor absoluto, não podendo, por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, porque tendo dignidade e sendo pessoa, pode levantar a pretensão de ser respeitado.

Como sustenta Ricardo Maurício Freire Soares<sup>815</sup>, “a dignidade da pessoa humana figura como um valor, que brota da própria experiência axiológica de cada cultura humana, submetida aos influxos do tempo e do espaço”, daí conclui que tal valor não pode ser enclausurado como um ideal metafísico, absoluto e invariável, mas sim compreendido em sua dimensão histórico-cultural. Baseado nessa noção, ele defende que a dignidade deve ser vista como um valor-fonte de todos os demais valores jurídicos, concluindo:

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou

---

<sup>813</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.287.

<sup>814</sup> “3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

<sup>815</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.



Segundo Ingo Sarlet<sup>817</sup>, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o torna merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, tornando-o titular de um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam a pessoa contra tudo que possa lhe dar tratamento degradante e desumano, bem como venham a lhe assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

A doutrina portuguesa, no esforço de sistematização buscado por José de Melo Alexandrino<sup>818</sup>, após tratar da banalização do conceito de dignidade da pessoa humana, que acaba por enfraquecê-lo, traça um esboço de um conceito tomando-a como “referência da representação do valor do ser humano”. O conceito apresentando conecta o compromisso da sociedade com o reconhecimento do valor das pessoas, afirmado solenemente, com o estabelecimento de compromissos estabelecidos por vínculo jurídico, que põe a ordem jurídica à disposição do respeito a ele. Disso resulta que a dignidade da pessoa humana abarca posições jurídicas superiores ao mínimo da existência, embora este se ligue, visceralmente, ao plexo ofertado por ela.

Segundo Juan Carlos Gavara de Cara<sup>819</sup>, deve-se a Günter Düring, defensor da teoria absoluta, a identificação do conteúdo essencial com a dignidade da pessoa humana, de maneira que se tem como afetado aquele quando o indivíduo for, por qualquer forma, tratado como objeto da atividade estatal. Assim, a dignidade expressa um conteúdo material que impõe uma competência estatal de desenvolvimento normativo dos direitos fundamentais carentes de sentido<sup>820</sup>.

O conteúdo essencial dos direitos sociais representaria, aqui, exatamente essa possibilidade de exigência de posturas estatais ativas que garantissem ao indivíduo a primazia de um tratamento que o distinga das coisas, dos objetos, enfim, dos bens do comércio.

---

<sup>816</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.142.

<sup>817</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.160.

<sup>818</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.11, n.4, jun./2010. Trimestral, p.30.

<sup>819</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.218.

<sup>820</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994, p.219.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, não somente o mínimo existencial<sup>821</sup> mas também o princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira do padrão mínimo na esfera dos direitos sociais, na medida em que pode vir a assumir “importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”<sup>822</sup>.

O referido padrão mínimo, quando desatendido, enseja omissão do poder público, por insuficiência normativa, administrativa ou política, decorrente da carência de bens ou serviços essenciais a evitar a degradação do ser humano, mas também a assegurar as promessas constitucionais formuladas em múltiplos sentidos para além do mínimo da existência.

Diante desse quadro, todavia, a dificuldade é saber qual o sentido da dignidade que se deseja proteger, se uma dignidade vista de forma objetiva ou de maneira subjetiva. Isso porque, como destaca Miguel Reale<sup>823</sup>, historicamente ao menos três concepções acerca da dignidade da pessoa humana podem ser identificadas, a individualista, transpersonalista e personalista.

A visão individualista tem como ponto de partida o indivíduo. Para seus adeptos, a dignidade da pessoa humana decorre da visão liberal clássica que inspirou a noção primeira do conteúdo da norma constitucional, qual seja, o da prevalência do individualismo burguês, que lutava contra a nobreza absolutista e reclamava a existência de um compromisso de reconhecimento e de respeito aos seus direitos. Neste espectro, a dignidade da pessoa humana ganhava contornos em instrumentos liberais que visavam limitar a atividade estatal que deve abster-se de interferir, o quanto possível, na vida do cidadão. Assim, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público.

Diante dessa noção, a dignidade da pessoa humana realizar-se-ia na proteção dos individualismos, e, assim sendo, a proteção aos direitos sociais deveria ser vista na perspectiva subjetivista e não na objetivista.

Na perspectiva do transpersonalismo tem-se o contrário, e a dignidade somente vai se realizar no coletivo. Ou seja, é realizando o bem coletivo que se terá assistido e salvaguardado o interesse individual. Inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos.

Esta teoria encontra na concepção socialista ou coletivista uma maior ressonância, na medida

---

<sup>821</sup> O mínimo existencial será analisado no tópico a seguir.

<sup>822</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.352.

<sup>823</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.277.

em que, para MARX, os direitos do homem apregoados pelo liberalismo não ultrapassam o egoísmo do homem, em sua arbitrariedade provada, voltada para seu interesse particular e dissociada da comunidade.

Por isso, a consequência básica será a da conveniência de interpretação do direito limitando a liberdade em favor da igualdade, a justificar um conteúdo essencial do direito social como garantia objetiva.

A terceira visão, do personalismo, nega as duas anteriores na medida em que busca uma inter-relação entre os valores individuais e coletivos, procurando distinguir que inexistem, *a priori*, um predomínio do indivíduo ou do todo, o que deve ser resolvido, em cada circunstância buscando-se uma harmonia entre a ordem social e cada indivíduo, mas com uma constante axiológica que é o valor da pessoa humana. A pessoa é uma unidade aberta que não pode ser vista como simples parte do todo, ao contrário, representa exatamente o que a unidade coletiva jamais poderá ser. Isto põe em evidência o ser humano, intrinsecamente considerado, para o qual deve convergir todo o esforço de proteção pelo Estado, por meio de seu ordenamento positivo.

Nessa visão personalista, há a defesa da fusão entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, encerrando um conteúdo essencial que abarque as duas dimensões, de forma complementar.

Realce-se, a propósito, a reflexão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>824</sup> quando afirmou que o sentido da dignidade humana alcança a “própria distinção entre Estado e Sociedade Civil, ao configurar o espaço de cidadania, que não se vê absorvida nem por um nem por outro, mas deve ser reconhecida como um pressuposto de ambos”.

Inexiste na coletividade valor que supere o da pessoa humana, que não pode ceder em face do Estado, mas que também não o nega. A pessoa é, assim, *um minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, não pode ultrapassar, razão porque o conteúdo essencial deve contemplar as duas dimensões – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais.

De qualquer modo, o princípio da dignidade da pessoa humana é densificado a partir da aplicação de outros valores constitucionais tais como, por exemplo, a ordem econômica que deve ter por fim assegurar a todos a existência digna (artigo 170 da CF/88); a ordem social, que visa à realização da justiça social (artigo 193 da CF/88); a pessoa ser destinatária dos

---

<sup>824</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, p.36.

serviços de educação para garantir o seu desenvolvimento e seu preparo para o exercício da cidadania (artigo 205 da CF/88); a família ser estruturada com fundamento na dignidade da pessoa humana (artigo 226 da CF/88) e visando assegurar dignidade às crianças e aos adolescentes (artigo 227 da CF/88); a proteção da dignidade do idoso (artigo 230 da CF/88), dentre tantos dispositivos existentes na Constituição Brasileira.

Para evitar que o tempo e as circunstâncias impliquem uma relativização do conteúdo essencial dos direitos, Magdalena Lorenzo Rodriguez Armas<sup>825</sup> agrega a eles a dignidade humana, para além das particularidades de cada direito fundamental, representar, “(...) *el núcleo del contenido, su elemento más contencional y primero es la propia ‘dignidade humana’, valor que es absoluto en cualquiera de la coordenadas de tiempo o espacio que se quiera contemplar*”. A dignidade, para ela, seria o suporte básico de cada direito fundamental em si, juntamente com as especificidades de cada um dos direitos.

Quando enfrenta o problema da restrição individual e concreta de um direito fundamental, para um indivíduo – por exemplo, quando a lei permite a prisão de um condenado criminalmente – José Carlos Vieira de Andrade<sup>826</sup>, um dos principais defensores da ideia de dignidade como conteúdo essencial, acaba por admitir que ela se dirige à norma de direito fundamental em sua dimensão objetiva, porque ele se dirige ao conteúdo abstrato da norma e não a situações em concreto. Na sua visão, defende que a garantia do conteúdo essencial impede a desfiguração do valor e das garantias constitucionais ínsitos de cada um dos direitos fundamentais e não a fruição efetiva de cada um deles<sup>827</sup>.

Logo, restringe a proteção a uma das dimensões dos direitos fundamentais, esquecendo-se de que as dimensões objetiva e subjetiva mantêm, como aponta Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>828</sup>, “relação de remissão e de complemento recíproco”, cuja consequência natural reclama não apenas a defesa da dimensão objetiva ou da subjetiva dos direitos fundamentais, mas o de conciliar essas duas dimensões, exigindo do jurista pós-moderno, como aqui já se defendeu, a manipulação de uma balança que já não tem só dois pratos, antes digitaliza em termos reais interesses múltiplos e múltiplos interesses.

---

<sup>825</sup> ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Comares: Granada, 1996, p.233-236.

<sup>826</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p.288.

<sup>827</sup> Cabe aqui esclarecer que José Carlos Vieira de Andrade defende esse conteúdo diante dos direitos de liberdade, porque, diante do teor da norma, tendo por base a Constituição Portuguesa, os direitos sociais não se encontram definitivamente determinados pelo texto constitucional, dependendo de concretização legislativa.

<sup>828</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.300.

Ademais, como indica Virgílio Afonso da Silva<sup>829</sup>, essa escolha pela dignidade pode acabar por gerar uma hipertrofia da dignidade, transformando-a num grande “guarda-chuva”, embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio de outras garantias constitucionais ou até infraconstitucionais, acabam sendo agrupadas num discurso forense tão inseguro quanto a proporcionalidade. Por complemento, aponta ainda que, metodologicamente, se tudo repousa na dignidade da pessoa humana, apenas esse direito tem (é) conteúdo essencial, sendo todos os demais relativizáveis. O conteúdo essencial, destarte, pode ser mais amplo que a noção de dignidade, para contemplar a evolução do próprio direito social, pela incorporação de novas esferas de proteção absoluta do direito, para além do indispensável à dignidade.

Por tais razões, parece que a dignidade da pessoa humana acaba por funcionar muito mais como um *topos* argumentativo, ou um axioma, incapaz de resolver os problemas da garantia efetiva e real do conteúdo essencial, ainda que se encontrasse – mas ainda não há – uma forma de conciliar as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais.

Fica tão somente uma boa sustentação retórica: os direitos fundamentais sociais possuem como conteúdo essencial tudo aquilo que conforme a dignidade da pessoa humana, assegurando uma condição diferenciada do indivíduo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser indivíduo na sociedade.

#### 4.3.2.2.2 A preservação do mínimo existencial

Outra estratégia possível é defender que o conteúdo essencial dos direitos sociais pode ser definido a partir daquilo que a doutrina denomina de mínimo existencial. A proteção do núcleo essencial, diante de uma restrição à dimensão prestacional, consiste, na verdade, numa ausência ou inércia de configuração do respectivo direito.

Nesse caso, como nesse próprio estudo já se defendeu, o Estado, que deveria agir para

---

<sup>829</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.192-193.

assegurar o direito, permanece inerte, incorrendo em inconstitucionalidade por omissão, como descreveu, meticulosamente, Dirley da Cunha Junior<sup>830</sup>, indicando-a como aquela que “consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma certa e determinada”.

Qualquer digressão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete, imediata e quase que intuitivamente, ao mínimo existencial na expectativa de que ele representar uma parcela elementar do próprio direito, aquém da qual, perde significado concreto, desfigurando-se completamente. A omissão inconstitucional reside em deixar de adotar as medidas indispensáveis à realização desse mínimo.

Tal constatação levou Virgílio Afonso da Silva<sup>831</sup> a afirmar que “a simples ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais remete automática e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial”, vergando, todavia, esse mínimo existencial a uma teoria relativa, na medida em que defende ser ele realizado “diante das condições fáticas e jurídicas”<sup>832</sup> que se apresentem. Por tal razão, defende que o mínimo existencial reporta-se a uma teoria relativa e não à teoria absoluta, por entender que o núcleo essencial, sendo o mínimo existencial, tem estrutura de mandado de otimização, realizável na maior medida possível, diante dos condicionamentos próprios.

Admitindo-se o mínimo existencial como um conceito relativo, a conclusão dada por Virgílio Afonso da Silva é coerente com seu suporte teórico. Todavia, como aqui se defende que esse mínimo não é relativo, mas absoluto-dinâmico, na medida em que contempla um conjunto de conquistas de proteção alcançadas (absoluto) e o nível de implementação já atingido (dinamismo), incluiu-se a estratégia do mínimo existencial na definição da teoria do núcleo como valor absoluto.

Ainda para quem defende, como José Carlos Vieira de Andrade, e diante do teor da Constituição Portuguesa, que os direitos sociais tem seu desenvolvimento dependente da atuação legislativa posterior, já que estes direitos não se encontram definitivamente determinados pelo texto constitucional de Portugal, acaba admitindo que a existência de determinação constitucional dos direitos fundamentais sociais quando relacionada ao mínimo necessário à sobrevivência de cada ser humano, ou seja, quando tendentes a assegurar o

---

<sup>830</sup> CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.123.

<sup>831</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.204.

<sup>832</sup> *Ibidem*, p.205.

mínimo existencial<sup>833</sup>.

Na Constituição Brasileira, além da definição dos direitos sociais estar devidamente feita, a regra do artigo 5º, parágrafo primeiro, impõe a aplicação imediata deles, sendo pois inexorável encontrar formas para determinar a produção de efeitos, bem como para a apuração de eventual núcleo essencial. E em se tratando do mínimo existencial, diz Ana Paula de Barcellos<sup>834</sup>, “a eficácia decorre diretamente do texto constitucional e prescinde da intervenção legislativa”.

Embora não seja propósito dessa reflexão fazer uma aprofundada análise do chamado mínimo existencial, é necessário recuperar que “o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade, para qualquer pessoa”, como sintetizou Luís Roberto Barroso<sup>835</sup>. Refletindo sobre a posição de Luís Roberto Barroso que conecta a dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, Eurico Bitencourt<sup>836</sup> Neto lembra que, então, a exigibilidade da interposição do legislador para concretização dos direitos fundamentais na sua dimensão prestacional não resiste a reserva de eficácia direta conferida pelo mínimo para uma existência digna.

Salientando o caráter de exigibilidade outorgado pelo mínimo existencial, George Sarmiento Lins Júnior<sup>837</sup> o apresenta como o “poder de exigir do Estado um conjunto de prestações materiais indispensáveis à fruição de uma vida digna”. Destaca, assim, a possibilidade que tem o titular do direito fundamental social, especificamente na parcela prestacional, de buscar mecanismos que garantam a efetiva fruição da proteção assegurada.

O mínimo existencial reclama um conjunto de prestações mínimas, sem o que se pode afirmar

---

<sup>833</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009, *passim*.

<sup>834</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.809.

<sup>835</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.179.

<sup>836</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>837</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Dignidade da pessoa privada de liberdade - proibição da tortura, tratamento desumanos e degradantes. In: COUTINHO, Alfacy; GRAU, Eros; SCAFF, Fernando; AMARAL, Francisco; COUTINHO, Jacinto; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto (Orgs.). *Liber Amicorum - Homenagem ao professor doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.1018.

que o indivíduo não terá vida digna, como lembrou Ana Paula de Barcellos<sup>838</sup> ao defender que nele deve-se incluir, diante das circunstâncias do Estado Brasileiro, a educação fundamental, a saúde básica, à assistência social no caso de necessidade e o acesso à justiça. Deve-se incluir, a esse rol, o direito à alimentação básica, sobretudo diante do teor da Emenda Constitucional número 64, do ano de 2010, que introduziu no rol dos direitos previstos no caput do artigo 6º da Constituição brasileira de 1988 o direito fundamental à alimentação.

A locução mínimo existencial identifica, assim, um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos fundamentais em geral. Embora o elenco das prestações que integram o mínimo existencial possa variar, Luís Roberto Barroso<sup>839</sup> indica haver um razoável consenso de nele incluir, ao menos, uma renda mínima, a saúde básica e a educação fundamental, além do um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Para Antônio Carlos Wolkmer<sup>840</sup>, o conceito de mínimo existencial passa pela teoria das necessidades humanas, motivadas pela privação, carência e exclusão, mais salientes em países contextualizados no cenário periférico, como o Brasil, carentes de direitos prestacionais “sem as quais não é possível ‘viver como gente’”.

A defesa de George Sarmiento Lins Júnior<sup>841</sup> derredor da dupla dimensão ofertada pelo mínimo existencial, quais sejam, a do mínimo fisiológico, capaz de assegurar a cada indivíduo as condições básicas de sobrevivência, e do mínimo sociocultural, esta como o conjunto de medidas aptas a promover a inserção<sup>842</sup> social do indivíduo, faz com que ele conclua que o mínimo da existência configura parâmetro racional para a efetividade dos direitos fundamentais, e, assim, “justificam a intervenção do Judiciário para compelir os gestores públicos a cumprir as prestações positivas a que estão constitucionalmente vinculados”.

Ricardo Lobo Torres<sup>843</sup>, relacionando a teoria dos status dos direitos fundamentais com o mínimo existencial, afirma que ele protege contra constrições estatais ou de terceiros, por exibir uma *status negativus* que impede a incidência de tributos sobre os direitos sociais

---

<sup>838</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002, p.305.

<sup>839</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.253.

<sup>840</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, maio-jul. 1994, p.276 e 279.

<sup>841</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmiento. *Op. cit.*, 2009, p.1018.

<sup>842</sup> Em seu texto, George Sarmiento Lins Júnior se refere a reinserção social do sujeito, após o cumprimento de uma pena.

<sup>843</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A jusfundamentalidade dos direitos sociais*. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro, n. 5, 2003, p.108.



mínimos, possuindo, ainda, uma *status positivus libertatis* que reclama a entrega efetiva de bens àqueles que se encontrem despidos do elementar, encontrando-se, pois, abaixo dos limites da pobreza.

Apesar da incisiva defesa de uma teoria relativa, Robert Alexy<sup>844</sup> não hesitou em afirmar que um direito subjetivo definitivo vinculante poderia ser representado pelo mínimo existencial, tendo afirmado que existe, ao menos, “alguns direitos fundamentais a prestações fáticas positivas, como o direito a um mínimo existencial”<sup>845</sup> que dificilmente poderia ser objeto de recusa. Por fim, quando elabora seu modelo de proteção dos direitos sociais, Robert Alexy<sup>846</sup> deixa clara sua preocupação com uma sistemática que assegure o mínimo existencial, ao afirmar que as condições postas à determinação do âmbito de proteção deles são “necessariamente satisfeitas no caso dos direitos sociais mínimos”.

Sendo assim, ainda que defenda um modelo relativo, o pensamento de Robert Alexy defende a imposição do cumprimento dos requisitos quando se trata de direitos ao mínimo.

De forma bastante direta, Ricardo Lobo Torres<sup>847</sup>, ainda que admita a possibilidade de relativização dos aspectos periféricos do mínimo existencial<sup>848</sup>, afirma que o mínimo existencial é o conteúdo essencial dos direitos sociais<sup>849</sup>. Defende, outrossim, que esse mínimo serviria à teoria relativa ou externa, na medida em que serviria de limite irredutível à proporcionalidade, afastando a utilização do mínimo existencial da teoria interna.

Embora a defesa de Ricardo Lobo Torres tenha o mérito de contribuir com a inclusão do mínimo existencial na pauta do conteúdo essencial, não acerta ao inseri-lo na teoria externa, porque, como aqui já se apresentou, esta admite o completo esvaziamento – em situações extremas – do direito social, para além, portanto, do mínimo existencial.

Aliás, Virgílio Afonso da Silva<sup>850</sup> declara textualmente que a proporcionalidade, própria dos postulados da teoria externa, pode gerar tal efeito. Ademais, o mínimo existencial, ao contrário do que defendeu Ricardo Lobo Torres, encontra amplo terreno na teoria interna, eis

---

<sup>844</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.202.

<sup>845</sup> *Ibidem*, p.373.

<sup>846</sup> *Ibidem*, p.512.

<sup>847</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.313.

<sup>848</sup> *Ibidem*, p.334 e 337.

<sup>849</sup> *Ibidem*, p.318.

<sup>850</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.205.

que pode significar o mecanismo de preenchimento da lacuna da teoria que é, exatamente, o de responder o que está ou não contido no núcleo essencial.

Certo é que se tem apresentado, como faz Ana Paula Barcelos<sup>851</sup>, o mínimo existencial como a porção essencial do direito fundamental social, que na teoria absoluta do núcleo essencial, ele se apresenta como mínimo absoluto e intangível em quaisquer hipóteses, conduzindo a sua ampla exigibilidade. Da mesma forma, J. J. Gomes Canotilho<sup>852</sup> reconhece um mínimo a ser garantido a todo cidadão com base nas normas de direitos fundamentais sociais, ou seja, um “núcleo básico dos direitos sociais”, sem o qual ao ser humano não é garantida sua subsistência, não tem condição de fruir qualquer direito.

Cabe ressaltar, porque oportuno, que também na teoria relativa se defende como essencial e intocável para determinado caso concreto o mínimo existencial, mas este sempre advindo da técnica de ponderação e do postulado da proporcionalidade. Como neste caso, não o argumento é despido de conteúdo próprio, autônomo e abstrato, tem-se que representa categoria que deve ser trabalhada no conteúdo absoluto, já que no relativo será apenas mais um tópico da manipulação feita pela ponderação ou pela proporcionalidade.

Talvez por antever uma possível redução da importância do mínimo existencial, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>853</sup> lembrou que mesmo Robert Alexy admite que, nessa esfera - de um padrão mínimo existencial - deve-se reconhecer “um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que - nesta seara - não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada”.

Nesse contexto, o mínimo existencial como conteúdo essencial conduziria a uma carga especial de subjetividade, diretamente posta na norma Constitucional e dotado de ampla justicialidade, diante da omissão do poder público brasileiro em implementar fática ou normativamente a prestação.

A ideia do mínimo existencial não obstante tenha a vantagem de apresentar ideias-guia concretas e consistentes à concretização do conteúdo essencial dos direitos sociais, padece de

---

<sup>851</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo Torres (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.23.

<sup>852</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.470.

<sup>853</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2003, p.37.

uma auto-limitação intrínseca capaz de obstacularizar a busca do máximo ou de um pouco mais que o mínimo, ou mesmo de concertos de dignidade da pessoa humana que ultrapassa o mínimo, como indica Ingo Wolfgang Sarlet<sup>854</sup>. O conteúdo essencial pode, em muitas circunstâncias, ser uma defesa autônoma distinta do mínimo, a ensejar a possibilidade de fruição cada vez maior, do direito fundamental social, como ocorre, por exemplo, no direito fundamental de acesso ao ensino superior (artigo 208, incisos I, II e V da Constituição brasileira de 1988). Nesse exemplo, o embora não se esteja diante do mínimo existencial propriamente dito, não deixa de existir esse direito e sua correlata essência.

Diante disso, ou se adota um mínimo existencial evolutivo em decorrência da necessidade de dinamização do seu conteúdo – e aí deixaria de ser mínimo absoluto para se transformar num mínimo relativo, com toda a vantagem da atualização, mas com os mesmos obstáculos de sua indeterminabilidade – ou o mínimo poderá acabar por ser um mecanismo do passado, quando a modernidade for de fato implementada, pela efetiva fruição dos direitos sociais por todos, especialmente por quem mais necessita.

#### 4.3.2.2.3 Conteúdo essencial dos direitos sociais como vedação de retrocesso

Outra estratégia que ser utilizada para definir o conteúdo absoluto, e agora de forma notadamente dinâmica, é afirmar que uma vez configurado o direito social, ele não pode retroceder, em razão da aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

Embora tenha marcante valor de concretização dos direitos fundamentais, sobretudo numa dimensão reclamada pelo neoconstitucionalismo, a vedação do retrocesso não oferece resposta imediata à necessidade de identificação de qual seria o conteúdo essencial do direito fundamental. Todavia, por ter o mérito de agregar conteúdo à essencial, e de forma dinâmica, representa importante marco de verificação do conteúdo essencial, na medida em que dele se extraia que a evolução de configuração do direito social adere ao próprio direito.

Diante disso, realçada a utilidade e importância da proibição de retrocesso, passa-se, mas sem pretender esgotar o assunto, até porque não é esse o objetivo do presente estudo, a apresentá-lo, justificando mesmo a defesa que muitos fazem de que o conteúdo essencial dos direitos sociais radica na vedação do retrocesso.

---

<sup>854</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.353.

Nesse ponto de vista, Cristina Queiroz afirma que a realização dos direitos fundamentais sociais gozam proteção jurisdicional, formulada por distintos modos, dentre os quais, a proibição de retrocesso social<sup>855</sup>. Assim, para ela<sup>856</sup>, a vedação do retrocesso social, ou a não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – *Nichtumkehrbarkeit* –, significa que, uma vez consagradas normativa e faticamente as referidas prestações sociais, não é dado eliminá-las sem imediato estabelecimento de alternativas ou compensações. Por isso afirma que

uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de protecção’ (Schutzgesetz), a acção do Estado, que se consubstancia num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei<sup>857</sup>.

O conteúdo essencial dos direitos sociais, além de impor uma configuração dos direitos sociais, sob pena de omissão inconstitucional, gera a proibição efetiva de reduzir ou retroceder as conquistas já feitas, no plano da legislação. Assim, complementa Gerardo Pisarello<sup>858</sup> que a obrigação de não retrocesso está conectada a obrigação de progressividade dos direitos sociais.

Impedir o retrocesso conduz a afirmação de que os direitos sociais uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional que o impede de ser anulado pelo desfazimento do ato de implementação e um direito subjetivo à fruição do próprio direito, como informa J. J. Gomes Canotilho<sup>859</sup>.

Após discorrer sobre a construção da doutrina e jurisprudência germânicas, Ingo Sarlet<sup>860</sup> comparando-as com a experiência brasileira, defende a existência de uma vedação, ainda que menos relativa do retrocesso, que garanta a preservação dos direitos sociais em seu núcleo essencial.

Nesse sentido, pode-se ainda acrescer a visão de Ingo Sarlet<sup>861</sup> quanto à limitação da liberdade de conformação do legislador no âmbito da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, por essa vedação, ligada à própria ideia de dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial:

---

<sup>855</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.101.

<sup>856</sup> *Idem*. *O princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Sociais: Princípios Dogmáticos e prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.67.

<sup>857</sup> *Idem*. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.103.

<sup>858</sup> PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.66.

<sup>859</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra, Almedina, 1993, p.468.

<sup>860</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.373-376.

<sup>861</sup> *Idem*. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.126-127.

[...] eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do retrocesso social, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial.

Apesar disso, defende que essa vedação do retrocesso somente se pode analisar concretamente, afastando qualquer pretensão de se conferir caráter absoluto ao princípio, argumentando que, se por um lado, não se pode permitir ao legislador a livre disposição dos direitos fundamentais sociais, por outro, deve-se reconhecer que o legislativo não é um mero executor das decisões constitucionais, razão porque é necessário preservar-lhe a autonomia no exercício da função legiferante<sup>862</sup>.

Apesar da robusta argumentação que desenvolve, esse trabalho recusa qualquer possibilidade de retrocesso no que já foi implementado de direito social, exatamente em razão da sua fundamentalidade material, da existência de objetivos sociais inscritos no artigo 3º da Constituição Brasileira, a impulsionar um desenvolvimento da cidadania, bem como os diversos dispositivos em que a proteção da confiança e a proteção das posições jurídicas de direito público se apresentam.

Tem razão Felipe Derbli<sup>863</sup> quando enxergou na Constituição Brasileira de 1988 um impulso no sentido da progressiva ampliação dos direitos sociais, com vistas à gradual redução das desigualdades regionais e sociais e objetivando a construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social (artigo 3º, incisos I e III e artigo 170, caput, e incisos VII e VIII, da Constituição brasileira de 1988), evidenciando seu caráter dirigente de desenvolvimento de permanente grau de concretização dos direitos sociais, “pelo que se há de vislumbrar na Constituição a ordem, dirigida ao legislador, de não retroceder na densificação das normas constitucionais que definem tais direitos sociais”<sup>864</sup>.

O retrocesso na norma de direito social afigura-se como proporcionador de uma intensa instabilidade jurídica e social, inviabilizando tanto a elaboração de projetos pessoais de vida

---

<sup>862</sup> *Idem. A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.375-376.

<sup>863</sup> DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.366-367.

<sup>864</sup> DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.367.

quanto a sua própria realização, e, por si só, sua vedação demonstra a vinculação intrínseca existente entre a dignidade da pessoa e a manutenção da estabilidade jurídica na esfera dos direitos sociais.

Esse mesmo sentido defende Claudia Perotto Biagi<sup>865</sup> quando aponta que da vedação do retrocesso dos direitos sociais deriva a impossibilidade de, depois de atingido um grau de concretização fática, por meio de medidas legislativas pelas quais são asseguradas as prestações materiais relativas ao direito, não é possível a supressão de tais medidas.

Noutro juízo, versando sobre a norma do artigo 117, número 2, da Constituição Italiana, J. J. Gomes Canotilho<sup>866</sup> anota que o ponto de partida para compreensão do chamado *LEP - Livelli essenziali delle prestazioni* aponta para o reconhecimento de que “o nível essencial de uma prestação referente a um direito social consubstancia um autêntico direito individual irrestringível fundado nas normas constitucionais”. Com isso, se introduzem *guide-lines* de boas práticas ou de *standards* que possibilitam um controle efetivo do nível da prestação, permitindo a existência de mecanismos de *governance* e de *accountability*.

A efetividade da regulação dos *Livelli essenziali delle prestazioni* assenta na individualização das dimensões básicas dos direitos sociais da seguinte forma, definindo-se claramente: 1) macro-área de intervenção; 2) conteúdo das prestações; 3) descrição sintética; 4) destinatários do direito; 5) indicadores a serem alcançados; e, 6) valor objetivo do indicador<sup>867</sup>.

Esses níveis essenciais de prestação, uma vez configurados, passam a integrar o conteúdo essencial dos direitos sociais, não podendo haver retrocesso de implementação deles, pela supressão de ações governamentais, ou pela redução do ritmo de implementação deles.

Ainda que faticamente possa haver reversibilidade das conquistas sociais, ocasionadas pelas crises, situações econômicas difíceis ou mesmo ambientes de desordem institucional, no plano

---

<sup>865</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p.52.

<sup>866</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)>. Acesso em: 21 set. 2008.

<sup>867</sup> O exemplo oferecido por J. J. Gomes Canotilho é o seguinte: 1) macro-área de intervenção – assistência sanitária; 2) prestação – tomografia axial computadorizada; 3) descrição sintética – utilização de aparelho de alta precisão no diagnóstico tumoral; 4) destinatários – pessoas a quem é passada uma prescrição médica expressa para o caso; 5) indicadores – tempo que ocorre entre a prestação e a efectivação da prestação; 6) valor objectivo – até ao fim de 2006 (x dias). (CANOTILHO, J. J. Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/zartigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/zartigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)>. Acesso em: 21 set. 2008).

jurídico se impedirá, sempre, à livre disposição do legislador, a diminuição de direitos sociais adquiridos, mormente porque é na crise que os mais necessitados de direitos sociais mais necessitam de amparo, devendo, mesmo em tempos de restrições econômicas, “ser garantidos esses direitos sociais mínimos”, como defendeu Dirley da Cunha Junior<sup>868</sup>.

Por tais razões, nesse estudo, tem-se que o conteúdo essencial não é apenas um limite à possibilidade do retrocesso, mas ele é – também – forjado e construído por essa evolutividade de implementação dos direitos sociais. Logo, tem-se que retrocessos na conformação dos direitos sociais acabam por atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais ou, noutras palavras, o núcleo essencial do direito social é formado, também, pelo que a ele se agrega, diuturnamente.

#### 4.3.2.3 Conteúdo essencial dos direitos sociais numa teoria conciliatória

Na tentativa de composição das divergências entre o conteúdo essencial relativo e o conteúdo absoluto, a doutrina tem se esforçado em construir uma teoria conciliatória.

Para Konrad Hesse<sup>869</sup>, uma proteção contra limitações desproporcionais deveria também contemplar um mínimo de proteção absoluta do núcleo essencial, sendo que, para tanto, a proporcionalidade deveria ser entendida como a perseguição de uma finalidade cujo contorno seja o do próprio direito fundamental. Para tanto, defende:

Na discussão sobre a interpretação indicada no artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, é sustentada tanto a concepção, que a restrição proíbe limitações desproporcionais como esta, que a determinação subtrai o ‘núcleo essencial absoluto’ dos direitos fundamentais da disposição do legislador. A partir do ponto de vista aqui defendido, a proibição de limitações desproporcionais efetua também uma proteção absoluta do ‘núcleo essencial’ dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de uma perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado. Desse modo, são evitadas as debilidades de ambas as concepções, ou seja, por um lado, uma relativização do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental, por outro, o abandono dos direitos fundamentais, que estão sob reserva legal, à disposição discricionária do legislador, que só deve violar o ‘núcleo essencial absoluto’ a ser determinado não facilmente.

Essa fórmula intermediária defende que a proibição das limitações desproporcionais deve efetuar, também, uma proteção a um núcleo absoluto, na medida em que o próprio direito

---

<sup>868</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.320.

<sup>869</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p.267 et seq.

fundamental se insere na finalidade da ponderação.

Peter Häberle<sup>870</sup> também apresenta uma teoria que procura mesclar conceitos da teoria relativa e da teoria absoluta. Segundo ele, “los límites inmanentes son los límites que se corresponden con el contenido esencial o cercan a éste”. Para ele, como há um efeito recíproco entre os direitos fundamentais, a ponderação de bens determinará o conteúdo essencial, porque o que seria próprio do conteúdo essencial de um direito fundamental só pode ser determinado por meio de uma reflexão sobre os conteúdos essenciais de outros bens ou direitos. Ou seja, é do conflito recíproco entre os direitos fundamentais que se pode construir o conteúdo essencial de cada um deles. Por outro lado, o autor observa que a ponderação defendida não significaria a renúncia das noções e objetivos da teoria absoluta, mas ela permitiria proteger de forma absoluta o âmbito de liberdade fundamental com base em valorações interconectadas.

Destarte, o valor absoluto não pode conduzir à noção de que o direito fundamental está diretamente na Constituição, mas que ele é determinado precisamente desde o sistema coordenado do conjunto constitucional.

A teoria conciliatória, como ressaltado, entende que a ponderação de bens definiria o conteúdo essencial do direito fundamental que, a partir daí, tornar-se-ia uma garantia absoluta, forjando um nítido sistema coordenado do conjunto constitucional dos direitos fundamentais ou, nas palavras de Pablo Lucas Verdú<sup>871</sup>, inferido o núcleo do jogo combinado das diversas normas de direitos fundamentais.

Haveria nessa concepção, uma dupla barreira à ação ou omissão estatal consistente em exigir-se uma legitimidade constitucional condicionada ao postulado da proporcionalidade, no círculo de maior raio, e, no de menor raio, um âmbito de proteção incondicionado, incompatível com qualquer restrição ou ausência de configuração.

O que se pode notar, nessa teoria, é uma submissão disfarçada da teoria absoluta, ante a concepção de uma esfera de proteção insuperável e que estaria fora de qualquer possibilidade de ponderação. Nesse mesmo sentido, Humberto Ávila<sup>872</sup> defende a separação da proporcionalidade – cujo postulado é apto a ser utilizado no círculo mais amplo do direito

---

<sup>870</sup> HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p.58.

<sup>871</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.205 e 207.

<sup>872</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.98 *et seq.*



fundamental – e a preservação do conteúdo essencial – este delimitado por um círculo menor insuscetível de restrição de qualquer sorte.

Apesar da sofisticação, verifica-se que se trata de uma teoria que toma o conteúdo essencial numa perspectiva notadamente objetiva, uma vez que, do ponto de vista subjetivo, a construção da justaposição entre os diversos direitos fundamentais não faz sentido, a não ser para compreender a disputa entre os direitos fundamentais do indivíduo contra o próprio titular do direito.

Por tais razões, a admissão da dupla dimensionalidade dos direitos fundamentais sociais, tanto no plano objetivo e subjetivo, ocasiona rejeição à forma conciliatória, em se tratando de núcleo essencial, sob pena de retornar-se, ao final, à mesma proposta de ponderação entre direitos individuais e direitos do todo social.

#### 4.3.2.4 Tomada de posição acerca do conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro

Nesse tópico, se pretende fazer uma defesa de um conteúdo abstrato, absoluto e dinâmico, dos direitos sociais, forjado a partir dos seus limites imanentes e construído com a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a vedação do retrocesso, tomando em consideração dos níveis de implementação já conquistados, num país de modernidade tardia, como a República Brasileira.

É aqui que se deve recuperar a célebre classificação das Constituições formulada por Karl Loewenstein, diferenciando entre Constituição-normativa, isto é, viva e efetivamente vivida pelos destinatários e detentores do poder, real e efetiva, lealmente observada por todos os interessados e integrada na sociedade estatal e esta nela; Constituição-nominal, ou seja, carente de realidade existencial; e Constituição-semântica que, embora plenamente aplicada, “sua realidade ontológica não é senão a formalização da existente situação do poder político em benefício exclusivo dos detentores de fato do poder, que dispõem do aparato coativo do Estado”<sup>873</sup>, para reclamar uma teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais numa sociedade periférica, como a Brasileira, onde se buscam formas de tornar a Constituição de 1988 uma constituição-normativa, capaz de assegurar pleno gozo dos direitos aos

---

<sup>873</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1983, p.216-222.

indivíduos.

Como visto no curso do presente estudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm aceitado a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, apesar de tergiversar quanto ao critério para determinar-se o conteúdo deste, ou o valor que possui.

De tudo o que foi examinado, percebe-se que a tese da relativização, como a afirmação da historicidade e da exigência da constante atualização de um direito, tem ganhado mais adeptos, oferecendo o conteúdo essencial como o resultado de uma ponderação, tomada diante dos postulados da proporcionalidade, e somente em definitivo.

Essa teoria relativa, junto com os princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade, tem se revelado um mecanismo relevante na realização dos direitos fundamentais, porque embora não os tenha como direitos absolutos, também não admitem que sejam meros instrumentos da arbitrariedade do aplicador do direito, antes desenvolvendo mecanismos de controle do discurso jurídico tendentes a efetivar a constituição.

Todavia, essa construção relativa, necessita ser criticada a partir de uma construção progressiva e revolucionária do princípio do estado democrático de direito, que se compatibiliza com a adoção de um avançar constante na possibilidade de experimentação mais vigorosa dos direitos fundamentais, por toda a coletividade e, também, por cada indivíduo considerado em suas angústias isoladas.

As dificuldades de aceitação do conteúdo relativo dos direitos fundamentais sociais residem, em primeiro lugar, na dificuldade que tem o jovem estado democrático de direito brasileiro<sup>874</sup> de encontrar mecanismos efetivos de controle de argumentação, ainda que não se ignore o esforço de tantos juristas brasileiros, como por exemplificam o magistério de Virgílio Afonso da Silva<sup>875</sup> e de Ana Paula Barcelos<sup>876</sup>. Neste sentido Daniel Sarmento<sup>877</sup> consigna que ponderação não pode ser tida como uma “caixa preta da qual o intérprete extraia qualquer coisa que ele quiser”.

---

<sup>874</sup> O estado democrático de direito é uma conquista que somente nos últimos vinte e cinco anos vem sendo cultivado, no Brasil, após os movimentos que resultaram na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

<sup>875</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.148.

<sup>876</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.105 *et seq.*

<sup>877</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.42-49.

Também não se desconhece a resposta de Robert Alexy<sup>878</sup> à crítica formulada por Habermas acerca da arbitrariedade da ponderação, mas o que de fato se verifica, ao menos no Brasil, ainda é uma ampla discricionariedade decisória, que na prática tem gerado a incerteza e a insegurança no direito, levando o destinatário a conhecer somente após a ponderação feita pelo Poder Judiciário aquilo que ele deveria, para poder agir seguramente, saber antes de tomar sua decisão<sup>879</sup>. Certamente por isso Robert Alexy toma como direito subjetivo definitivo vinculante o que for ligado à ideia do mínimo existencial<sup>880</sup>.

Parece pouco, num estado que não se desvinculou totalmente do sistema de privilégios onde a extrema riqueza convive com a extrema miséria e no qual ainda não se implementou sequer o dever de fundamentação das decisões judiciais, ou mesmo a razoável duração dos processos judiciais em curso<sup>881</sup>, que a previsibilidade da atividade jurisdicional possa ser oferecida a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional.

Enquanto o constitucionalismo brasileiro ainda debate a questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade<sup>882</sup>, da adoção de súmulas vinculante, dos efeitos às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, e ainda não estruturou uma teoria de formação de precedentes conectada com a teoria da argumentação jurídico-racional, não se tem garantias efetivas de que, ao menos no conteúdo essencial, os direitos possam ser garantidos, ainda que judicialmente. Ao menos porque não se quer aqui defender a efetivação apenas do conteúdo essencial, mas este como um marco mínimo de garantia da cidadania.

Ademais, ainda que se admitisse a relativização, no caso, se estaria quase sempre no sofisma da ponderação entre o interesse particular, ou subjetivo em fruir direta e imediatamente a dimensão prestacional do direito fundamental, e o interesse coletivo, a ensejar o

---

<sup>878</sup> ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1513.

<sup>879</sup> Nesse sentido, remete-se, mais uma vez, a crítica feita por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 jul. 2010, p.10.

<sup>880</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.502.

<sup>881</sup> Em dezembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça continua a perseguir o cumprimento da chamada Meta 2, pela qual deveriam ser julgados todos os processos distribuídos até o ano de 2006, sendo que no Estado da Bahia, apenas 21,13% de tal meta fora alcançada. Cf. <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10350&Itemid=1125](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10350&Itemid=1125)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

<sup>882</sup> Cf. DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.269.

estabelecimento de uma cláusula geral de restrição de direitos fundamentais pelo chamado interesse público sobre o privado, incidindo aqui a crítica formulada por Paulo Ricardo Schier<sup>883</sup> para quem tal solução genérica acabaria por possibilitar a adoção de uma política autoritária de realização constitucional, “onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tocado”<sup>884</sup>.

Amparado em tais noções, Paulo Ricardo Schier defende que a ponderação entre o interesse privado e o interesse público não deve partir de uma predeterminação de preferência desse último<sup>885</sup>, mas reclama indispensável conciliação entre os múltiplos interesses, afirmando que o interesse público não poderá prevalecer se possam ferir o núcleo essencial dos direitos<sup>886</sup>. Verifica-se, assim, que mesmo declarando a necessidade de ponderação entre os dois interesses, ressaltou a proteção ao núcleo essencial.

Nesse contexto, Daniel Sarmento<sup>887</sup> ainda indica o grave risco para a tutela dos direitos fundamentais subordinar sua preservação à dependência de “valorações altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso”, notadamente quando examinados os direitos nessa perspectiva que incorretamente divide os interesses em públicos e privados.

Não bastasse, esse conflito entre o privado e o público padece de insinceridade, na medida em que os direitos fundamentais sociais também devem ser vistos na sua dupla dimensão, quais sejam a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva, sem que haja qualquer esquema de preferência de uma sobre a outra, mas uma imposição de conciliação de ambas.

Reclamada a linha conciliatória, e firme na advertência de Paulo Bonavides<sup>888</sup>, é que se impõe a complementação da dimensão objetiva – e jamais a substituição de uma dimensão pela outra – adicionando-lhe o necessário enfoque subjetivo, eis que entre si elas mantêm, como aponta

---

<sup>883</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.220.

<sup>884</sup> *Ibidem*, p.220-221.

<sup>885</sup> *Ibidem*, p.238.

<sup>886</sup> *Ibidem*, p.240.

<sup>887</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.89.

<sup>888</sup> “Não há, portanto, como desmembrar dos direitos fundamentais a sua feição subjetiva do seu caráter objetivo, sendo que a primeira se insere na interioridade do segundo” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.622).

Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>889</sup>, “relação de remissão e de complemento recíproco”.

O quadro que se apresenta, dessa maneira, é aquele defendido por Daniel Sarmento<sup>890</sup> para quem há muito mais convergência entre interesses públicos e particulares que conflito, já que na “imensa maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses dos seus membros”.

Foi por isso que nesse estudo se apontou<sup>891</sup> que o resultado natural que se impõe consiste não apenas o de defender a dimensão objetiva ou a subjetiva dos direitos fundamentais, mas o de conciliar essas duas dimensões, exigindo do jurista pós-moderno a manipulação de um instrumento de busca da convivência nas diferenças, conciliando interesses múltiplos e múltiplos interesses.

Nessa linha, além de ser incorreta a noção de conflito entre o interesse público sobre o particular, seria igualmente equivocada a primazia daquele sobre este, na medida em que tal posição contraria a noção adequada do estado democrático de direito, consagrando muitos arbítrios e violência, sempre travestidos de necessários e indispensáveis à preservação do interesse público<sup>892</sup>.

Tal perspectiva parece imantar o pensamento de Daniel Sarmento<sup>893</sup> quando partiu em defesa da precedência *prima facie* dos interesses particulares sobre os públicos, ofertando um peso inicial maior aos direitos fundamentais frente aos interesses públicos<sup>894</sup>, e defendendo que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais “também não se compatibiliza com a atribuição de uma primazia dos interesses públicos sobre os direitos fundamentais”<sup>895</sup>.

Em síntese, além de não se afigurar correta a noção de conflito entre os direitos fundamentais e os interesses públicos, numa perspectiva adequada de estado democrático de direito, matizada no neoconstitucionalismo, a admissão do suposto conflito reclamaria o desenvolvimento de amplo instrumental de preferência dos direitos fundamentais sociais na

---

<sup>889</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.300.

<sup>890</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.83.

<sup>891</sup> Vide item 2.1.4.2 supra.

<sup>892</sup> No particular, Elio Gaspari registra que havia uma placa pendurada no saguão de uma delegacia de polícia paulista, no auge da ditadura militar brasileira, dizendo assim: “*Contra a Pátria não há direitos*”. Cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p.17.

<sup>893</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.103-104.

<sup>894</sup> No particular, deveria o autor referir-se à dimensão subjetiva frente a objetiva.

<sup>895</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 2010, p.109.

sua dimensão prestacional subjetiva, ao menos na sua feição essencial, sob pena de aniquilamento do próprio direito e de esvaziamento da proteção que ele almeja.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello fez menção a essa mesma ideia, no julgamento do HC 82.424-2/RS, quando afirmou entender

que a superação de antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito coerente, desde que, no momento, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina.

Ademais, ao recuperar as circunstâncias em que se deram a adoção Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, verifica-se que ela foi gestada no momento histórico de superação de uma visão autoritária do Estado, em que a relação com a cidadania relegava os direitos fundamentais a um plano secundário e periférico. Foi por isso que se sintonizou a Constituição com a noção de que os direitos fundamentais não eram dádivas do poder público, mas uma projeção normativa de valores morais que necessitavam voltar a influenciar a norma jurídica, consagrando o neoconstitucionalismo no Brasil.

Diante disso, além de consagrar o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, no artigo 5º, parágrafo 1º, de seu texto, cuidou a manifestação Constituinte de fortalecer as garantias processuais dos direitos fundamentais, de ampliar o acesso à jurisdição constitucional, notadamente no que diz respeito à violação decorrente da omissão constitucional, e, ainda, a consagração dos direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas, artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Brasileira de 1988.

A defesa da aplicabilidade direta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, como diz J. J. Gomes Canotilho<sup>896</sup>, não pode compadecer-se às “reservas” – reserva de lei constitutiva das prestações ou mesmo reserva do possível entabulada em termos econômicos e financeiros – porque conduziria, diante de uma omissão do legislador e dos órgãos responsáveis por implementar a Constituição, à negação da “existência de um núcleo essencial de prestações sociais. Afinal, a direção da Constituição, o melhor, da direção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, ficaria neutralizada pelas omissões legislativas e executivas”<sup>897</sup>.

A necessidade de criação de mecanismos fortes de defesa dos direitos fundamentais, afastadas

---

<sup>896</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.266.

<sup>897</sup> *Ibidem, loc. cit.*

da ampla possibilidade dos subjetivismos típicos dos modelos relativos ganha ainda feições mais relevantes quando nos se verifica a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, reclamando maiores garantias em razão do fato – assinalado por Lênio Streck<sup>898</sup> – de que as promessas da modernidade no Brasil sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático e social de direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, tornando a discussão em torno da efetivação dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.

O debate ainda deve ser realçado diante dos mitos que buscam separar os direitos sociais dos demais direitos, como visto acima, esquecendo-se da advertência formulada por George Sarmiento Lins Júnior<sup>899</sup> segundo a qual “no constitucionalismo contemporâneo, as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais são duas faces da mesma moeda” e o que separa, de fato, os direitos sociais dos outros radica muito mais na opção econômico-ideológica de prestigiar mais as liberdades (em todas as suas dimensões) que os direitos vinculados às necessidades dos pobres, já que não há, reitero-se, exclusividade do caráter prestacional nos direitos sociais, como defendeu J. J. Gomes Canotilho<sup>900</sup>.

Diante do quadro que se apresenta, tem-se que a teoria absoluto-dinâmica pode, ao mesmo tempo, oferecer necessário movimento à concretização evolutiva dos direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, dar a segurança do estabelecimento mais hialino do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, obviamente construído pela mesma mão sensível da jurisprudência constitucional, formada democraticamente, mas sem perder de vista valores centrais da ordem jurídica, como é o caso da garantia de uma vida digna, do mínimo existencial e da proibição de retrocesso.

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, no constitucionalismo brasileiro, merece ser visto dentro dessa perspectiva dinâmica, pela atualização constante dos direitos diante das conquistas sociais diuturnamente alcançadas, rejeitando-se o retrocesso e garantindo os avanços já incorporados a sociedade, admitida a gradualidade dos direitos fundamentais<sup>901</sup>. Diante dessa noção que se compreende a cambialidade típica da pós-modernidade, apta a oferecer avanços aos direitos fundamentais. Além da dinamicidade na perspectiva absoluta se pode identificar critérios da vida digna, em sua dimensão individual e

---

<sup>898</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.106 *et seq.*

<sup>899</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito*, Maceió/Alagoas, v. 01, 2005, p.87.

<sup>900</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, 2008, p.265.

<sup>901</sup> Cf. STF, RE 482.611/SC, Rel. Ministro Celso de Mello, J. 23/11/2010.

social, e exigências de mínimos da existência, de cada indivíduo.

Tudo isso sem perder de vista a especificidade<sup>902</sup> de cada direito fundamental social, defendida pela teoria interna como indicou Martin Borowski<sup>903</sup>, sem a qual o direito desaparece ou se desnatura. Cabe assinalar que, quando a amplitude semântica não permitir a determinação apodítica do conteúdo de determinado direito fundamental, a tarefa de construir esse conteúdo será de toda a comunidade aberta de intérpretes da constituição, como defendeu Peter Häberle<sup>904</sup>, rejeitando-se dessa forma a crítica que Ana Carolina Trindade<sup>905</sup> destinou à teoria interna de determinação do conteúdo dos direitos, segundo a qual o direito resultaria esvaziado não pudesse ser preenchido pela ponderação.

Sem prejuízo dos demais esforços tendentes à concretização máxima dos direitos fundamentais sociais, defende-se aqui que ao menos no conteúdo essencial possuem estrutura de regras, com conteúdo plenamente determinado pelos pressupostos que se apresentam, e não de princípios sujeitos as regras da ponderação e da proporcionalidade.

Os direitos fundamentais não podem ser tomados por uma visão reducionista, que os contemple tão somente como limites ao poder estatal, mas também se constituem, cada vez mais, como diretrizes positivas de sua atuação e esta dimensão positiva deve impregnar consequentemente a garantia do conteúdo essencial. Esta última, não pode ser entendida como uma mera barreira à ação do legislador, numa função meramente defensiva, mas deve ser tomada de um modo mais ativo, como verdadeiro mandato para um promissor desenvolvimento dos direitos fundamentais, realçado o dever de promoção de prestações fáticas e normativas destinadas à satisfação dos direitos fundamentais.

Tem razão Ingo Wolfgang Sarlet<sup>906</sup> quando reclamou um dirigismo constitucional brasileiro, que subordina o legislador de forma direta à Constituição, pela necessidade de reconhecimento, também no âmbito do direito constitucional brasileiro, de uma proteção dos

---

<sup>902</sup> Confira-se, à propósito da especificidade, o capítulo acerca da delimitação dos direitos fundamentais, notadamente nos subitens acerca da teoria interna dos direitos fundamentais e do suporte fático estrito.

<sup>903</sup> BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.20, N. 59, 2000, p.33.

<sup>904</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, *passim*.

<sup>905</sup> TRINDADE, Ana Carolina. Os requisitos balizadores das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Mário de Figueiredo Barbosa*, Salvador, v.19, n.1, 2009. Anual, p.77.

<sup>906</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada: Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.133-134.



direitos fundamentais sociais contra um retrocesso normativo e social.

Não bastasse o que até aqui se defendeu, cabe ainda recuperar que os obstáculos postos à implementação das dimensões prestacionais – que não se resumem aos direitos sociais, como visto, mas que a eles se tem vinculados de forma mais intensa tão somente em razão de opções ideológicas, econômicas e políticas em desfavor de quem mais necessita – desafiam superação em favor da necessidade de preservação dos direitos prestacionais num espaço histórico-temporal em que a cidadania necessita ser afirmada.

Assim, a definição teórica em torno de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais poderá consagrar a chamada cidadania reivindicatória, na feliz expressão de Adreas Krell<sup>907</sup>, na medida em que ficará patente a reserva de proteção do cidadão.

Por tais motivos, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais no constitucionalismo brasileiro deve contemplar, ao mesmo tempo, uma esfera de proteção onde estejam albergados a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a proibição de retrocesso e os níveis de conquista já realizados pelo desenvolvimento normativo e pelas políticas públicas já definidas e realizadas no Brasil.

Dentro deste contexto, a jurisdição tanto pode controlar as omissões de implementação do conteúdo essencial dos direitos sociais<sup>908</sup> de forma a assegurar direta e imediatamente a prestação reclamada ao titular do direito fundamental objurgado, quanto poderá afastar medidas comissivas que possam agredir os patamares de fruição dos direitos sociais. Rememore-se, igualmente, que é pelos direitos fundamentais que “o indivíduo é detentor do poder de exigir do Estado a obrigação de não-ingerência em sua esfera de liberdade ou o cumprimento de uma prestação”, como lembrou George Sarmento Lins Junior<sup>909</sup>.

A justiciabilidade que oferta aos direitos fundamentais sociais – não com exclusividade – confirma um critério decisivo para a própria existência desses direitos, como afirmou Jörg Paul Müller<sup>910</sup>, ao concluir sua defesa dos direitos sociais lembrando que “c’est la justiciabilité qui représente le critère décisif de la reconnaissance et de la mise en œuvre, par le juge

---

<sup>907</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.15.

<sup>908</sup> Segundo Andrés Gil Domínguez, “*Sin la inconstitucionalidad por omisión, difícilmente los derechos económicos, sociales y culturales alcancen un grado mínimo de eficacia que garantice un nivel de vida adecuado por parte de las personas*” (DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009).

<sup>909</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmento. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito*, Maceió/Alagoas, v.01, 2005, p.25.

<sup>910</sup> MÜLLER, Jörg Paul. *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne-Suíça: Staempfli Editions, 1983, p.67.

constitutionnel, de prestations positive doit être susceptible de concrétisation et d'amplication par un organe judiciaire”<sup>911</sup>.

Como defendido linhas acima, o próprio Robert Alexy<sup>912</sup> defende a exigibilidade jurisdicional do direito fundamental social<sup>913</sup> sempre que o legislador atua aquém do que está obrigado a fazê-lo; logo, se implementa menos do que deveria, pode exigir judicialmente o direito, afastando, contudo, se houver a implementação do mínimo exigido. No particular, as obrigações estatais não dependem da discricionariedade do administrador ou do legislador, não dependendo dos “*humores de la autoridad de turno*” como advertiu Alicia E. C. Ruiz<sup>914</sup>.

Resta asseverar que o Judiciário brasileiro, embora não exclusivamente, pode e deve, como defendeu Adreas Krell<sup>915</sup>, mediante decisões firmes “exercer seu importante papel no processo político da realização dos direitos fundamentais sociais através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos”. Nesse sentido, vale consignar a advertência formulada por J. J. Gomes Canotilho<sup>916</sup> defendendo que o Direito Constitucional não pode ficar alheio a novos esquemas de concretização dos níveis essenciais de prestações sociais.

Dentro do movimento neoconstitucionalista, impõe-se a opção pela a plena exigibilidade dos direitos sociais, ao menos no conteúdo essencial, como forma de ampliar o espaço de efetividade jurídica e social dos direitos, conduzindo até mesmo a um conjunto de obrigações ao legislador de realizar opções orçamentárias que privilegiem referidos direitos fundamentais sociais, alocando adequadamente os recursos públicos que, se são escassos, merecem ser destinados a quem não consegue experimentar a liberdade real, pela pobreza que lhe assola.

Dentro desse contexto, além da observância do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, da vedação de retrocesso na implementação das políticas de concretização dos direitos sociais, o conteúdo essencial dos direitos sociais reclama sejam observadas as prioridades constitucionais de alocação dos recursos, de forma a permitir um avanço dos

---

<sup>911</sup> Numa tradução livre: “é a justiciabilidade que representa o critério decisivo do reconhecimento e desenvolvimento, pelo juiz constitucional, de prestações positivas que devem concretizadas e ampliadas pelos órgãos judiciários”.

<sup>912</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.518-519.

<sup>913</sup> Representando verdadeiros direito-pretensão ou, na expressão de Honfeld *claim-rights* cf. HOFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.

<sup>914</sup> RUIZ, Alicia E. C.. La Realización de Los Derechos Sociales en un Estado de Derecho. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (Orgs.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.45.

<sup>915</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.109.

<sup>916</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.265.

níveis de prestação de direitos já conquistados, numa escala evolutiva que permita sejam as promessas insculpidas no artigo 3º da Constituição brasileira de 1988 efetivamente realizadas, plenamente. Introduce-se, aqui, aquilo que J. J. Gomes Canotilho<sup>917</sup> denominou *guide-lines* de boas práticas ou *Standards* possibilitadores de controle que imporão mecanismos de *governance* e de *accountability*, bem como constituirão elemento central na solução de controvérsias decorrentes de omissões inconstitucionais. Com base nisso, conclui: “a metodologia mais segura para a garantia dos direitos não é uma subsunção positivista-constitucional, mas a de recortar o núcleo duro da subjectivização dos direitos sociais”<sup>918</sup>.

Essa seria uma forma, senão definitiva, capaz de contribuir de alguma maneira para tornar a doutrina dos direitos fundamentais um porto de segurança contra as mazelas e desrespeitos tão insistentemente tentados pelo poder público, num Estado de baixo constitucionalismo, como o brasileiro, onde avulta a necessidade que têm os operadores do direito de assumirem o papel, como afirmou Ana Cristina Costa Meireles<sup>919</sup>, de transformadores da realidade circundante, incorporando com entusiasmo o desafio de procurar novas soluções para enfrentar os problemas que se apresentam, como obviara em 1988, José Carlos Moreira Alves<sup>920</sup>. É nesse contexto que Gustavo Zagrebelsky<sup>921</sup> reclama a atuação da jurisdição constitucional “in-política”, no sentido de que se deve agir dentro da política, desenvolvendo atividade dirigida à convivência de todos, pela ampla aplicação dos direitos fundamentais, mas sem quedar-se às disputas entre os interessados em assumir a gestão do poder.

Sendo certo que o constitucionalismo social brasileiro converteu todos os direitos fundamentais em prestacionais, transformando o Estado de Direito que deixou de ser formal, neutro e individualista para assumir o papel de Estado material de direito, guiado pelos valores de justiça social, torna-se indispensável remover obstáculos jurídicos ou econômicos que impeçam ou dificultem a plenitude da participação de todos na vida política, econômica, cultural e social da incipiente nação Brasileira. É nesse sentido que se defende a promoção de uma verdadeira política dos direitos fundamentais que assegure, por um lado, o bem-estar

---

<sup>917</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.28.

<sup>918</sup> *Ibidem*, p.28.

<sup>919</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p.473.

<sup>920</sup> ALVES, José Carlos Moreira. O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição. *Revista Forense Comemorativa 100 Anos*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 2005, p.765-766.

<sup>921</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008, p.40.

necessário e prometido a todos, pela juridificação do bem-estar social<sup>922</sup> e, pelo outro, possibilite uma dimensão educativa e cultural que forneça consciência em torno do importante papel dos direitos fundamentais, indispensável à formação de uma cidadania e, conseqüentemente, à consolidação do verdadeiro sentimento constitucional.

A consolidação do estado democrático brasileiro, em seus propósitos sociais, não ocorrerá sem que se tenha, por definitivo e real, assegurada a fruição efetiva dos direitos fundamentais, especialmente aos mais necessitados econômica e socialmente.

---

<sup>922</sup> A expressão originalmente utilizada por Hartley Dean é “*juridification of welfare*” e foi livremente traduzida. Confira-se: DEAN, Hartley. The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance. In: KJONSTAD, Wilson (Org.). *Law, Power and Poverty*. Bergen: CROP Publications, 1995, p.3.

## CONCLUSÃO

A compreensão dos fenômenos jurídicos não é um mero exercício abstrato em busca de verdades atemporais e universais, mas uma maneira de tornar a doutrina dos direitos fundamentais um porto de segurança contra as mazelas e desrespeitos tão insistentemente perpetrados pelo poder público, comissiva ou omissivamente.

Ao longo do texto buscou-se evidenciar os contornos para a máxima efetividade dos preceitos constitucionais nas questões atinentes aos direitos fundamentais.

Apresentada a necessidade de revolucionar cientificamente a ciência jurídica, pela adoção de novos paradigmas diante da refutabilidade das condicionantes epistemológicas que permeiam as noções do constitucionalismo clássico, o trabalho cuidou de demonstrar as bases do naturalismo jurídico em seu propósito de tornar o direito algo estático, perpassado por sua crítica até a adoção do positivismo na modernidade jurídica. Em seguida, diante da separação entre direito e moral, experimentada de forma atroz pela humanidade, revelou as bases da pós-modernidade jurídica, pela adoção de pautas móveis de moral, representadas sobretudo pela abertura oferecida pelos princípios jurídicos.

Nesse contexto, realçando a multiplicidade de sentidos, o trabalho traçou aspectos mais proeminentes do neoconstitucionalismo, como movimento da pós-modernidade cambiante que busca a centralidade da norma constitucional, sua máxima efetividade e luta em favor da plena aplicabilidade da eficácia social dos direitos fundamentais.

Tomado como novo paradigma jurídico, o neoconstitucionalismo supera o modelo de ciência jurídica ocupada exclusivamente em descrever o direito, longe das pretensões de neutralidade política, moral ou axiológica, na produção da ciência jurídica, a pós-modernidade jurídica gestou um pós-positivismo que não conforma um plano limitado ao meramente teórico e abstrato, insensível aos problemas que se antepõem para solução.

Após apresentar o espaço histórico, teórico e filosófico do neoconstitucionalismo, trabalhou-se com as três perspectivas acerca do novo paradigma, quais sejam, teórica, ideológica e metodológica. O teórico se caracteriza, sobretudo, por centrar sua própria análise na estrutura e no papel que os sistemas jurídicos dão ao documento constitucional; o neoconstitucionalismo revela-se num plano ideológico porque coloca em primeiro plano não a organização/limitação dos poderes, mas antes o objetivo de garantir os direitos fundamentais, tendo registrado o valor moral dos direitos fundamentais; por fim, no plano metodológico

verificou-se a tese da conexão necessária entre o direito e a moral, servindo, para tanto, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como a ponte de ligação entre eles.

O ponto em comum das diversas compreensões do que venha a ser neoconstitucionalismo é a necessidade de superação da função meramente descritiva da ciência jurídica para a realização de uma atividade ativa na realização dos valores sociais e comprometida com o problema da efetividade do sistema jurídico como um todo e da ordem constitucional, especialmente.

O neoconstitucionalista propõe um novo e peculiar modelo axiológico-normativo que não requer a formulação de um ideal jurídico independente do direito positivo, mas um alcançar de um ideal jurídico por meio do que se poderia chamar uma projeção evolutiva, expansiva e necessária, do conteúdo do Direito Constitucional positivo, onde a moral é necessária e não possível, como defendiam os positivistas inclusivos.

Exatamente por isso não se pode recusar que os direitos fundamentais se apresentam como os mais importantes elementos na caracterização do neoconstitucionalismo, sob o qual se buscam as condições de possibilidade de desenvolvimento de uma teoria que identifique um núcleo essencial dos direitos fundamentais e sua respectiva exigibilidade, notadamente no constitucionalismo brasileiro.

Admitindo a expressão direitos fundamentais como a que melhor representa o objeto do estudo e recusando a idéia de gerações de direitos por não haver substituição de uma geração por outra, mas complementação de dimensões, buscou-se fazer uma delimitação do estudo àqueles positivados nas constituições, ainda que consciente da abertura dada pelo §2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988.

Preferiu-se a fundamentalidade formal porque a noção de fundamentalidade material pode ensejar ausência de um regime jurídico reforçado capaz de outorgar aos direitos fundamentais, na prática, uma proteção jurídica adicional, como a preservação do núcleo essencial ou a definição das prioridades orçamentárias da administração pública.

Anote-se, ainda, que ficou evidente ser uma das finalidades dos direitos fundamentais conferir às pessoas uma posição jurídica de direito subjetivo, seja de natureza pessoal, positiva, negativa ou mesmo de natureza processual, e, conseqüentemente, concertando a atuação estatal ou mesmo dos particulares entre si. Nessa perspectiva, tome-se que da simples previsão enunciativa do direito fundamental, eis que inexiste na constituição norma desprovida de eficácia, decorre a existência de direito subjetivo público à sua implementação concreta, ao menos no seu conteúdo essencial, não se admitindo seja posto à disposição do

agente público que o conforma.

A partir do desenvolvimento da teoria dos *status* dos direitos fundamentais, com as necessárias depurações e correções que foram feitas ao longo do curso do tempo, pode-se pinçar as dimensões dos direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas, quais sejam, a dimensão de defesa, a dimensão prestacional e a dimensão de participação. Deve-se relacionar o *status* às múltiplas pretensões do indivíduo perante o Estado, vinculando o *status* passivo às pretensões de respeito do indivíduo, ou à obrigação ou proibição estatal que o vincula, subordinando-o diretamente; que o *status* negativo substanciando a liberdade do cidadão no Estado, identificando-se com os direitos de defesa; e o *status* positivo representando a base das prestações estatais positivas em favor dos indivíduos.

Anote-se que, a partir daí, classificação em direitos de defesa, direitos a prestação e direitos de participação, se refere às funções dos direitos e não aos direitos propriamente ditos, a ensejar a incorreção daqueles que enxergam em tais direitos a função de defesa vinculada aos direitos de primeira dimensão, os direitos de liberdade, ao passo em que estariam ligadas as funções prestacionais aos direitos sociais.

Dessa crítica à análise classificatória, conclui-se que os direitos fundamentais sociais possuem tanto uma função de defesa, na medida em que estabelecem posições concernentes à proteção do indivíduo em face da ingerência do estado ou do particular e também funcionam como direitos à prestação em sentido estrito, exigindo prestações materiais e demandando ação estatal positiva.

Sustentou-se, ainda, que os direitos fundamentais possuem tanto uma dimensão objetiva quanto uma dimensão subjetiva. A dimensão objetiva protege o direito fundamental com um valor da coletividade, admitindo, deve-se frisar, que se possa, no caso concreto, haver uma supressão dele para um indivíduo. Por seu turno, a dimensão subjetiva titulariza o sujeito isoladamente, reforçando-o frente a outros sujeitos, ainda que majoritários.

Conclui-se, todavia, que as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais mantêm relação de remissão e de complemento recíproco, não podendo ser feita opção que exclua uma ou outra.

Após defender que todos os direitos fundamentais reclamam prestações, tem-se por inválida a tese de que os direitos sociais são os únicos custosos e, ainda que o fossem, porque fundamentais enseja um esforço de implementação que se avulta na medida em que supõem uma devoção econômica intensa, num planeta onde os recursos são escassos, cabendo a

doutrina constitucional encontrar meios e modos de promover o avanço deles.

É preciso remover os obstáculos e promover as condições para que a liberdade fática e a igualdade possam ser reais e efetivas para todos.

No plano histórico, tenha-se que os direitos fundamentais sociais não podem continuar sendo considerados direitos de criação e desenvolvimento tardio ou por fazer, mas como direitos existentes e já postos à disposição dos titulares de direitos fundamentais. A demora em se implementar os pressupostos de concretização dos direitos sociais decorre de fundamentos ideológicos e políticos e não uma consequência natural do curso do tempo.

Já na perspectiva filosófico-normativa, observe-se que inexistente uma verdadeira contradição entre os direitos fundamentais sociais e os civis, mas uma tensão entre os direitos generalizados e aqueles patrimoniais, de representação seletiva e tendencialmente excludente. O obstáculo aos direitos sociais é ideológico e político, marcado por uma opção do neoliberalismo capitalista que se assenta na acumulação e concentração da riqueza, com a correspondente diminuição da atuação estatal em prol dos direitos sociais, mas com sua maximização coativa que aponte para a garantia dessa lógica acumulativa.

Do ponto de vista estrutural, conclui-se que a norma de direito fundamental social não representa mera recomendação moral com eficácia ético-política meramente orientadora da futura ação política, mas constitui direito diretamente aplicável, representa nítidos direitos subjetivos, capazes de definir claras consequências jurídicas ao seu descumprimento.

Apesar de recusar os argumentos comumente postos como obstáculos a concretização dos direitos sociais, é evidente que a realidade de concentração de riqueza representa obstáculo factual que somente o tempo poderá reverter, pela implementação gradual e frequente dos direitos sociais, eis que a implementação dos direitos fundamentais exige um caminhar para frente.

Ainda que os direitos sociais possuam a marca de um objetivo a ser implementado progressivamente, e, portanto, menos suscetível de aplicação imediata para todas as pessoas, dependendo das possibilidades fáticas, sociais e jurídicas existentes em cada momento, não se pode esquecer que não se permite, com isso, uma paralisia de implementação, e se deve ter evidente tal dever de concretização, ainda que progressivo, mas num ritmo compatível com a pós-modernidade.

Ao se identificar o conteúdo essencial dos direitos sociais deve-se ter neste uma exigência de um mínimo cuja não implementação, ou concretização aquém do núcleo essencial, acarreta



em inquestionavelmente inconstitucionalidade. A garantia do conteúdo essencial é irrecusável, imediata e jamais pode ser denegada.

A dificuldade, todavia, reside em saber o que está ou não protegido pelo direito fundamental. Não se olvidando da atribuição ao legislador da tarefa de definir os direitos fundamentais, limitando-os, ou mesmo criar as condições de sua fruição, tem-se que toda limitação de direito fundamental reclama a determinação do conteúdo e toda conformação de seu conteúdo implica estabelecer o limite do próprio conteúdo do respectivo direito.

O legislador, ao limitar ou conformar o direito fundamental, concretiza a constituição, fixando suas potencialidades reais e efetivas. A importância da atividade legislativa é irrecusável porque, por meio do seu exercício, se pode perceber o alcance da norma constitucional. Todavia, essa não pode ser uma tarefa discricionária, razão pela qual não pode o legislador realizar aquém do conteúdo essencial, nem limitar desrespeitando essa mesma fronteira.

Visto dessa maneira, tem-se por limitação e restrição a faculdade dada ao legislador para reduzir o espaço de permissão *prima facie* dado pelo direito fundamental, e conformação significará o dever-poder que dispõe a atividade legislativa, para efetivar o direito fundamental, adotando as providências jurídico-normativas que necessitam os direitos fundamentais para produzirem os seus efeitos.

A atividade legislativa pode limitar com fundamento nos direitos de terceiros ou mesmo na necessidade de preservação de outros princípios ou valores de hierarquia também constitucional.

Por seu turno, tem-se que conformar os direitos fundamentais significa permitir que ele se concretize de forma normativa e social, passando a dispor de eficácia social, na medida em que passe a ser fruído e protegido judicialmente, acaso desobedecido. A regulação legislativa, na conformação, deve abrir possibilidades de exercício dos direitos fundamentais, impondo a tarefa da legislação.

O exame da legitimidade da restrição, bem como da insuficiência de conformação, demanda observar o âmbito de proteção da norma consagradora de direito fundamental, bem como avaliar os requisitos dessa restrição, por exemplo, a proporcionalidade, a generalidade, a abstração, a prospectividade, a não retroatividade, e, por fim, a própria garantia de proteção do núcleo essencial

A conformação dos direitos sociais exigirá uma atuação legislativa construtora e realizadora do direito fundamental, na medida em que todos eles, os direitos de liberdade e os sociais,

demandam, ao lado da dimensão negativa, uma dimensão positiva consistente no conjunto de medidas indispensáveis a garantia desse próprio direito.

Uma teoria consistente que apresente um conteúdo essencial dos direitos sociais permitirá conhecer, de algum modo, o grau da omissão parlamentar, capaz de oferecer parâmetros de controle da argumentação jurídico-constitucional, apto a subsidiar possibilidades processuais constitucionais que tornem os direitos fundamentais sociais em realidade.

Definir-se esse conteúdo essencial é tarefa difícil. Como visto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm aceitado a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, apesar de tergiversar quanto ao critério para determinar-se o conteúdo deste, ou o valor que possui.

Pela teoria relativa, o valor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais somente pode ser conhecido, em cada caso, e somente após a análise dos valores e interesses em jogo. Já a teoria absoluta indica que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é sempre o mesmo, independente das situações e circunstâncias do caso em particular, mas admitindo sua atualização futura, acompanhando-se a dinâmica da evolução da vida.

A teoria relativa trata a essencialidade como um valor a ser protegido e respeitado no caso concreto, e não abstratamente, ou seja, o âmbito de contorno do conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é estabelecido abstratamente, nem *a priori*, mas somente diante das possibilidades jurídicas e fáticas que se apresentam, e num sofisticado modelo de aplicação de normas que não estão, *prima facie*, prontas para serem definitivamente utilizadas. Aqui, o que é essencial no direito fundamental depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Logo, a variabilidade é manifesta e resolvida diante da íntima ligação com a proporcionalidade ou com a teoria da concordância prática.

A proteção do direito fundamental passa a ser, na concepção relativa, tão somente, de caráter processual argumentativa: a intervenção estatal é analisada somente na medida em que afeta o direito fundamental, e a gravidade desta intervenção dependerá dos argumentos que se possa apresentar para justificá-la. A proporcionalidade diminuiu a importância do conteúdo essencial que passa a funcionar como mero reforço argumentativo, sem conteúdo autônomo.

Já na visão absoluta, há, nos direitos fundamentais, um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal, representando o conteúdo essencial a esfera que não pode, em nenhuma hipótese, ser violada, e podendo ser determinado abstrata e previamente. O fato de ter um núcleo essencial fixo não significa que a teoria seja radical tendo em vista que o conteúdo desse critério pode variar segundo as circunstâncias do momento, forjando um conteúdo

essencial absoluto e dinâmico.

A modificação do conteúdo essencial, na teoria absoluta-dinâmica, pode corresponder a um redesenhar do núcleo essencial, de tempos em tempos, pela atividade da construção de um constitucionalismo voltado a realizar o avanço de uma missão concretizadora e evolutiva dos direitos fundamentais.

Dentre as possíveis estratégias de definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, pode valer-se da teoria relativa, para a qual o conteúdo resulta numa proteção móvel e dinâmica que acaba se confundindo com o próprio princípio da proporcionalidade. Esta reflexão, como visto, assenta-se num modelo de proporcionalidade em que o conteúdo essencial dos direitos sociais depende sempre de uma circunstância concretamente analisada, cabendo a definição dele à análise dos demais direitos, da vida coletiva e das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

A teoria relativa porque representa, especialmente no constitucionalismo brasileiro, direitos miragens, sobretudo diante das dificuldades de experimentação concreta dos direitos sociais no Brasil e da ausência de racionalidade do sopesamento realizada por uma democracia jovem como a brasileira, merece censura porque gera incerteza e insegurança no direito.

Assim, defendendo-se a existência da adoção da teoria do conteúdo essencial no Brasil, deve-se ter em conta que melhor se adéqua à realidade brasileira a teoria dinâmica e absoluta, capaz de oferecer necessário movimento à concretização evolutiva dos direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, dar a segurança do estabelecimento mais hialino do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Conclui-se, ainda, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, no constitucionalismo brasileiro, merece ser visto dentro dessa perspectiva dinâmica, pela atualização constante dos direitos diante das conquistas sociais já alcançadas, rejeitando-se o retrocesso e garantindo os avanços já incorporados à sociedade, admitida a gradualidade dos direitos fundamentais, além do caráter absoluto que se pode identificar nos critérios oferecidos pela vida digna, em sua dimensão individual e social e pelas exigências de mínimos da existência, de cada indivíduo. Tudo isso sem perder de vista a especificidade de cada direito fundamental social, sem a qual o direito desaparece ou se desnatura.

Os direitos fundamentais sociais, no que pertine ao seu respectivo conteúdo essencial, podem, nessa perspectiva, ser objeto de ampla exigibilidade, incidindo em inconstitucionalidade por omissão deixar de assegurá-lo.

A teoria do conteúdo essencial não pode ser entendida como uma mera barreira à ação do poder público, realizando uma função meramente defensiva dos indivíduos, mas deve ser tomada de um modo ativo, como verdadeiro mandato para um promissor desenvolvimento dos direitos fundamentais, imantando as prioridades governamentais e servindo de parâmetro de controle das omissões ou das escolhas orçamentárias que desatendam a sua importância jurídica, social e principalmente, política.

## **REFERÊNCIAS**

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la Exigibilidad Judicial de Los

Derechos Sociales. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.135-168.

ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER; Max. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008, p.431-447.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.11, n.4, p. 13-38, jun./2010. Trimestral.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. Sobre los derechos constitucionales a protección. In: MANRIQUE, Ricardo García (Org.). *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p.45-84.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais. (Theory der Grundrechte)*. 5.ed. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1505-1514.

ALFONSO, Luciano Parejo. El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*. v.I, n.03, set.-dez. 1981, p.169-190.

ALTERINI, Atílio Aníbal. *La Inseguridad Jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição. *Revista Forense Comemorativa 100 Anos*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p.763-772, 2005.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolhas: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMADO, Juan Antono García. Derechos y Pretextos: Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.237-264.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo. Concepto de Derechos Fundamentales. *In:* BETEGÓN, Jerónimo *et al.* (Orgs.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2004, p.195-214.

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. *In:* CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.239-258.

ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Comares: Granada, 1996.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito – teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BACIGALUPO, Mariano. La aplicación de la doctrina de los “límites inmanentes” a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo Federal alemán de 18 de octubre de 1990). *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13, n.38, maio-ago. 1993, p.297-315. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79490>>. Acesso em: 20 out. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. *In:* SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.803-826.

\_\_\_\_\_. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In:* Ricardo Lobo Torres (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.97-135.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.direitodoestado.com.br/redea.asp](http://www.direitodoestado.com.br/redea.asp)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <[www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.259-278.

BETTERMANN, Karl August. Los límites de los derechos fundamentales. In: SEGADO, F. FERNÁNDEZ (Org.). *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*. Madrid: Dykinson, 2003, p.1515-1536.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1997.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: A Democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea*. Fortaleza: EDUFE, 1985.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

\_\_\_\_\_. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, Año n. 20, N.59, 2000, p.29-56.

BRANDÃO, Rodrigo. *Emendas Constitucionais e Restrições aos Direitos Fundamentais*. Salvador-Ba, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro,

2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, p.205-224, 2003.

CAMAZANO, Joaquín Brage. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p.341-359.

\_\_\_\_\_. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)>. Acesso em: 21 set. 2008.

\_\_\_\_\_; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2000, p.108-115.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.



- CARETTI, Paolo. *I Diritti Fondamentali – Libertà e Diritti Sociali*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. v.3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. 3.ed. New York: Aspen Publishers, 2006.
- CIANCIARDO, Juan. *El conflictismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Eunsa, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n.22, jul-dez/2003, p.17-29.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: Winfried Jung. (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. Debates*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, v.20, p.208-219.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Um Análises Metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.75-98.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. v.I. 2.ed. Padova: CEDAM, 1970.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CUNHA JÚNIOR, Dirley (Orgs.). *Temas da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.71-112.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DEAN, Hartley. The juridification of welfare: Strategies of discipline and resistance. In: KJONSTAD, Wilson (Org.). *Law, Power and Poverty*. Bergen: CROP Publications, 1995, p.3-27.
- \_\_\_\_\_. *Welfare rights and social policy*. Harlow: Prentice-Hall, 2002.
- DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.343-382.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin

Claret, 2007.

DIDIER JR., Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação no Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.267-282.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. O Direito entre o Moderno e o Pós-Moderno: Perspectivas e Desafios. In: MAIA, Antonio Cavalcante *et al* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.301-320.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Direitos Fundamentais e Retórica Política. *Revista Pensar*. Fortaleza, v.4, N. 4, p.171-189, Jan.- 1996.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.213-225.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, Cap.5, p.118-136.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, jan.-dez./ 2001, v.55/56, p.31-77.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. *Constitución Socioeconómica y Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Dos Direitos Subjetivos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

FERRAJOLI, Luigi *et al*. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 4.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. Pasado y Futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.13-29.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho em Tiempos de Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.159-186.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAETE, Arturo. La Ley Natural: um enfoque histórico. In: *Mensaje*, n.428. Santiago do Chile: 1994.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1994.

GOMES, Alexandre Travessoni. Ética, Direito e Paz Perpétua. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p.298-308.

GORDILHO, Heron José de Santana. Por uma dogmática pós-moderna. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. N. 16, 2008, p.47-61.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais. In: AAVV, *Dicionário Jurídico de Administração Pública*. 2º Suplemento. Lisboa: s/ed, 2001, p.450-472.

GROSSI, Pierfrancesco. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*. Padova: CEDAM, 1972.

GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.49-73.

\_\_\_\_\_. Exercícios de Interpretação do art. 2 da Constituição Italiana. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.9, n.3, p.53-65, dez./ 2007. Trimestral.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La Garantía del Contenido Esencial de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

\_\_\_\_\_. The Constitutional State and Its Reform Requirements. *Ratio Juris*, v.13, n.1, March 2000, p.77-94.

\_\_\_\_\_. Estado constitucional cooperativo. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Harbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. Oxfor: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_\_. Pós-escrito. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. Constitucionalidad, Derecho Común y Jurisdicción Ordinária. In: PINA, Antonio López (Org.). *Division de Poderes y Interpretación: Hacia una Teoria de la praxis Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p.126-128.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HIERRO, Libório L. **¿Qué derechos tenemos? Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n.23, 2000, p.351-375.

\_\_\_\_\_. Los derechos econômicos-sociales y el principio de igualdad em la teoria de los derechos de Robert Alexy. In: MANRIQUE, Ricardo García (Org.). *Robert Alexy, Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Juridico Europeo, 2007, p.163-222.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven: Yale University Press, 2000.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Dependes on Taxes*. New York: Norton, 1999.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.279-312.

LINS JÚNIOR, George Sarmento. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista do Mestrado em Direito*, Maceió/Alagoas, v.1, p.15-90, 2005.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa privada de liberdade - proibição da tortura, tratamento desumanos e degradantes. In: COUTINHO, Alfacy; GRAU, Eros; SCAFF, Fernando; AMARAL, Francisco; COUTINHO, Jacinto; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto (Orgs.). *Liber Amicorum - Homenagem ao professor doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.1003-1019.

LOPES, Ana Maria D'Avila. A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. N. 164, 2004, p.7-15.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. *Dimensiones de la Igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005.

\_\_\_\_\_. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

LUQUE, Luis Aguiar de. Los limites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.14, enero-abril, 1993, p. 9-34.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade. *Cadernos de Direito Inimep*, 3, 2003.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y*

*Constitución*. Madri: Civitas, 1992.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARSHALL, T. H.; BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and social class*. London: Pluto Press, 1992.

MARZAL, Antonio. *El núcleo duro de los Derechos Humanos*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2001.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Orgs.). *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.197-314.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 8, Jan.-Dez. /2004, p.131-142.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERLE, Jean-Christophie. Ética Kantiana de Integração e Negociação de Ingresso. In: MERLE, Jean-Christophie; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p.344-354.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Tradução de Ana Prata. 3.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v.45, n.03, 2002, p.483-511.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.IV. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (CDCCP)*, n.1, 1992. Disponível em:

<<http://www.ibdc.com.br/home/pdf/SUMARIO%2001%20OUT-DEZ1992.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2010.

MOLASCHI, Viviana. *I Rapporti di Prestazione Nei Servizi Sociali – Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Qué Queda del Derecho Natural?* Buenos Aires: Ed. Depalma-Benavides López, 1967.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005.

MÜLLER, Jörg Paul. *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*. Berne-Suïça: Staempfli Editions, 1983.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLVERA, Óscar Rodríguez. *Teoría de los Derechos Sociales em La Constitución Abierta*. Granada: Comares, 1998.

PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Orgs.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. 1.ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Fundação Boiteux, 2006, v.1, p.265-273.

PAULA, Felipe de. *A (De)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias; MERÇON, Gustavo. Fundamentos Teóricos do Positivismo e do Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de Oliveira (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.313-332.

PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Latina Universidad, 1980.

\_\_\_\_\_. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid: Eudema, 1991.

\_\_\_\_\_. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Su génesis y su concepto. *Revista Derechos e Libertades*, del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 3, n.6, fev.1998, p.15-34.

\_\_\_\_\_. *La Constitución y los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

PEDROL, Xavier; PISARELLO, Geraldo. *La Constitución furtiva: Por uma construção social y democrática de Europa*. Barcelona: Icaria Editorial, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PISARELLO, Geraldo. *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moares e Silva. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambíguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.187-210.

\_\_\_\_\_. *Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*. Disponível em: <[www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2003\\_n3/monografica\\_a/D\\_Q-3\\_Pozzolo.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2010.

PULLIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes ao legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *O princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Sociais: Princípios Dogmáticos e prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Rechtsphilosophie, s.a. Trad. port. de L. Cabral de Moncada. 5.ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

\_\_\_\_\_. *Introducción a La Filosofía Del Derecho*. Tradução de W. Roces. México: ed. Fondo de Cultura Económica: 1955.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación. Uma visión integradora*. Servilha: Editorial MAD, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIDOLA, Paolo. *Diritti Fondamentali: Un'introduzione*. Torino: G.Giappichelli Editore, 2006.



ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n.30, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar/2000, p.146-158.

RUIZ, Alicia E. C.. La Realización de Los Derechos Sociales en un Estado de Derecho. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al (Orgs.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2008, p.41-48.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.123-158.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. In: BONAVIDES, P; LIMA, F. G. M. de; BEDÊ, F. S (Orgs.). *Constituição e Democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.291-335.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.1, n.1, p.171-213, out/dez. 2007. Trimestral.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.47, Ano 2004, p.60-122.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.251-314.

\_\_\_\_\_. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia

Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.23-117.

SBROGIO' GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: [www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/paulo\\_ricardo\\_schier.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf). Acesso em: 05 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.219-248.

SCHILLACI, Angelo. Derechos fundamentales y procedimiento em la obra de Peter Häberle. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v.12, n.4, p.60-77, jul-set./2010. Trimestral.

SCMITT, Carl. *Dottrina della Costituzione*. Tradução de Antonio Carraciolo. Milano: Giuffrè, 1984.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e Diritto Costituzionale*. Madri: Aguilar, 1970.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía De La Interpretación Del Derecho*. 3.ed. México: Porrúa, 1980.

\_\_\_\_\_. *Vida Humana, Sociedad y Derecho: Fundamentación de la Filosofía del Derecho*. 2.ed. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1945.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Maria de Salete; ALCÂNTARA, Pedro Ivo Alcântara (Coords.). *Relatório O Direito de Aprender: Potencializar avanços e reduzir desigualdades*. Brasília, DF: UNICEF, 2009.

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

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr Editora, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tendências do pensamento jurídico contemporâneo*. Salvador: Editora Juspodivm,

2007.

\_\_\_\_\_. *Direito, justiça e princípios constitucionais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

\_\_\_\_\_. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. A Interpretação Constitucional: Uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo. (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional - Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.121-139.

STRECK, Lenio Luiz. Posfácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. 2.ed. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy, 2010, p.199-244.

\_\_\_\_\_. A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.333-354.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Volume 08, N. 02, p.257-301, maio-ago. /2003.

\_\_\_\_\_. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em Terrae Brasilis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n.4, p.272-308, jul-dez./2004.

\_\_\_\_\_. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada: Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p.85-136.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*. v.II. São Paulo: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. *A jusfundamentalidade dos direitos sociais*. Arquivos de direitos humanos. Rio de Janeiro, n.5, p.99-128, 2003.

\_\_\_\_\_. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.239-336.

\_\_\_\_\_. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.313-339.

TRINDADE, Ana Carolina. Os requisitos balizadores das restrições aos direitos fundamentais. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Professor Mário de Figueiredo Barbosa*, Salvador, v.19, n.1, p.69-94, 2009. Anual.

TUBERTINNI, Claudia. *Pubblica Amministrazione e Garanzia del Livelli Essenziali delle Prestazioni: Il caso della tutela della salute*. Bolonia: Bolonia University Press, 2008.

VANNI, Icílio. *Filosofía del Derecho*. Madrid: Librería Beltrán, 1941.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos políticos, cidadania e a teoria das necessidades. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, mai-jul./1994, p.275-280.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Coimbra: Civitas, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Tradução de Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*. Trad. por Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.