

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

STÉFANO REZENDE MONTEIRO

**A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais sociais e os reflexos
da afirmação da sua normatividade para concretização e proteção do conteúdo
jurídico**

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
PERFIL: DIREITOS FUNDAMENTAIS

Lisboa

Dezembro/2017

STÉFANO REZENDE MONTEIRO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais sociais e os reflexos da afirmação da sua normatividade para concretização e proteção do conteúdo jurídico

Dissertação apresentada como condição para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Perfil: Direitos Fundamentais

Orientador: Professor Doutor David Duarte

Lisboa

Dezembro/2017

AGRADECIMENTOS

Aos amigos, que deixei no Brasil, pela compreensão da minha ausência.

Aos amigos, que em Portugal surgiram, por transformarem dificuldades e incertezas em alegria e boas lembranças.

À família, pelo apoio constante e pelos exemplos e ensinamentos, sem os quais jamais haveria tido o desprendimento de prosseguir nos estudos acadêmicos noutra país.

À Thaissa, pela fortaleza, pelo estímulo, pelo companheirismo e por me permitir trilhar esse desafiador caminho com inabalável apoio.

À Faculdade de Direito de Lisboa e ao meu orientador, David Duarte, por despertarem em mim, mesmo sem pretender, os melhores estímulos para investir em pesquisa.

À Lisboa, menina e moça, pelos por-do-sóis, pelo vinho, pelos pastéis e por me acolher.. meu saudoso obrigado!

RESUMO

A presente investigação tem por escopo avançar na análise da estrutura da norma de direito fundamental, nomeadamente de direitos económicos, sociais e culturais (direitos sociais), compreendendo características das normas, tanto no aspecto pragmático, observando a forma de positivação destes direitos e sua aplicação jurídica, quanto no aspecto teórico. Pretende-se, com isso, adentrar na análise da estrutura das normas de direitos sociais, pela perspectiva da teoria dos princípios – aprofundando-se, neste sentido, na compreensão quanto às distinções das espécies normativas. Por fim, partindo-se das conclusões parciais desenvolvidas, abordaremos alguns aspectos controvertidos que remontam as discussões relativas à possibilidade de se depreender das normas de direitos sociais prestações originárias.

Palavras-chave: 1. Direito fundamental 2. Direitos sociais 3. Estrutura normativa 4. Princípios e regras 5. Justiciabilidade 6. Proteção insuficiente.

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto avanzar en el análisis de la estructura de la norma de derecho fundamental, en particular de derechos económicos, sociales y culturales (derechos sociales), comprendiendo características de las normas, tanto en el aspecto pragmático, observando la forma de positivación de estos derechos y su aplicación En el aspecto teórico. Se pretende, con ello, adentrarse en el análisis de la estructura de las normas de derechos sociales, por la perspectiva de la teoría de los principios - profundizándose en este sentido en la comprensión de las distinciones de las especies normativas. Por último, partiendo de las conclusiones parciales desarrolladas, abordaremos algunos aspectos controvertidos que remontan las discusiones relativas a la posibilidad de deducir de las normas de derechos sociales prestaciones originarias.

Palabras clave: 1. Derecho fundamental 2. Derechos sociales 3. Estructura normativa 4. Principios y reglas 5. Justiciabilidad 6. Protección insuficiente.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC	Acórdão
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
ART.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CRP/76	Constituição da República Portuguesa da 1976
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
EmbDecl	Embargos de declaração
HC	Habeas corpus
MS	Mandado de Segurança
MG	Minas Gerais
QO	Questão de ordem
RE	Recurso Extraordinário
RN	Rio Grande do Norte
RS	Rio Grande do Sul
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCP	Tribunal Constitucional de Portugal

NOTA DA LEITURA

1) O padrão utilizado para citações de obras foi o do sistema numérico e segue a seguinte razão: a primeira referência, citação detalhada com os seguintes elementos: autor, título, subtítulo, edição, editora, ano, paginação, da forma como utilizada nas referências bibliográficas; nas citações posteriores, identificação do autor, indicação abreviada da obra ou expressão latina substitutiva e página.

2) No presente relatório buscou-se utilizar, para fins de padronização, as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme Manual disponível no sítio:

<http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/view/111/95/491-1>

3) Todas as pesquisas de jurisprudência e legislação foram feitas através da internet, nos respectivos sites dos tribunais (Tribunal Constitucional português e Supremo Tribunal Federal), bem como do Parlamento de Portugal e do Palácio do Planalto brasileiro, razão pela optamos por dispensar nas notas de rodapé a alusão aos sites acessados.

4) Todas as obras consultas em língua estrangeira foram objeto de nossa tradução livre.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. PROBLEMA.....	10
2. JUSTIFICATIVA	11
3. OBJETOS.....	12
3.1 Objeto do estudo	12
3.2 Objetivos da pesquisa	12
4. METODOLOGIA (PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS).....	13
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL	14
1.1. ABORDAGEM QUANTO AO FUNDAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO DOS DIREITOS SOCIAIS	17
1.2. ABORDAGEM SEGUNDO A ESTRUTURA DA NORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	27
1.2.1. A distinção entre norma regra e norma princípio	32
1.2.1.1 Perspectivas da distinção no plano dogmático-conceitual.....	34
1.2.1.2. Perspectivas da distinção quanto à estruturação normativa.....	45
1.2.1.3. Adoção de uma concepção	49
2. A DEFINIÇÃO DE LIMITES À CRIAÇÃO DE CONTEÚDOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	51
2.1. O SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
2.2. A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA	56
2.2.1. Limites interpretativos decorrentes da qualificação de princípio das normas jusfundamentais	56
2.2.2. Princípio democrático e discricionariedade legislativa na conformação de meios e fins	58

3. A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	63
3.1. A ESTRUTURA DA PROPORCIONALIDADE	65
3.1.1. Estrutura da ponderação e a fórmula dos pesos	69
3.1.1.1. O sentido da fórmula dos pesos	71
3.1.1.2. A necessidade de identificação de limites para a ponderação	73
3.1.1.2.1. <i>A argumentação jurídica como instrumento de controle da ponderação</i>	75
3.1.1.2.2. <i>A hermenêutica como condição de possibilidade da argumentação jurídica</i>	80
3.1.2. Conflitos, derrotabilidade normativa e ponderação	85
3.1.3. A ponderação como critério para formação da norma de decisão do âmbito de direitos fundamentais	87
3.1.4. Proporcionalidade como controle do excesso (Übermaßverbot) e da insuficiência (Untermaßverbot)	90
3.2. A DEFINIÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO CORRETA A PARTIR DE ABORDAGEM CRÍTICA QUANTO À INADEQUADA RECEPÇÃO (E APLICAÇÃO) DA PROPORCIONALIDADE PELO STF	98
4. A RESTRIÇÃO ANTECEDENTE E POSTERIOR DO CONTEÚDO JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS	105
4.1. SISTEMÁTICA DAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	108
4.1.1. Restrição das normas de direitos fundamentais sociais em nível constitucional	123
4.1.2. Restrição das normas de direitos fundamentais sociais quanto ao conteúdo regulado legislativamente	127
4.2. PERSPECTIVA CRÍTICA QUANTO AOS MECANISMOS DE CONTROLE DAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	131
4.2.1. O limite dos limites (“restrição às restrições”)	132
4.2.1.1. Segurança jurídica e proteção da confiança	135

4.2.1.2. Garantia do conteúdo essencial e a reabertura de omissões inconstitucionais	144
CONCLUSÃO	151
ÍNDICE DE FONTES.....	155
1. BIBLIOGRAFIA.....	155
2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA	166

INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, doravante apenas direitos sociais, a pretensão de compreender a complexidade das disposições que os enuncia, descortinar a forma adequada se lhes interpretar e adentrar no enfrentamento das divergências relativas às restrições a que são submetidos, mormente em países cujo catálogo de direitos sociais e as exigências da modernidade endereçam tarefas ao Estado de direito democrático de garantia da liberdade e da igualdade material, por meio da concretização dos direitos fundamentais e, particularmente, dos direitos sociais, fundamentam a razão de ser desta investigação.

Nesse contexto, cumpre investigar as maneiras pelas quais se realiza a interpretação constitucional dos direitos fundamentais, a fim de visualizar, com maior objetividade, as possibilidades e os limites para a concretização destes direitos, questionando, ademais, que tipo de deveres e direitos resultam do texto constitucional, ou dele se pode depreender.

Tal abordagem revela-se, portanto, premissa necessária para avançar nos desafios da discussão quanto à definição de conteúdo, a medida da aplicabilidade dos direitos sociais e seus fundamentos constitucionais, às hipóteses de restrição de seu conteúdo, os conflitos normativos e o papel da proporcionalidade e da ponderação, no aspecto resolutivo e conformador dos direitos, os limites que devem conduzir este procedimento, bem como os instrumentos jurídico-constitucionais legítimos para promover proteção e garantia efetiva dos direitos fundamentais sociais, adotando-se, neste ponto, postura crítica seja quanto à retórica argumentativa que deduz do texto constitucional uma miríade de princípios, sentidos e conteúdos nem sempre vocacionados a, sob um aspecto, conformar determinado direito fundamental e, por outro, servir como parâmetro efetivo de controle e de limitação da atuação estatal.

1. PROBLEMA

Neste sentido, a problemática que se pretende enfrentar diz respeito à verificação dos métodos de interpretação das normas de direitos sociais, utilizando-

se de abordagens voltadas à verificação da sua estrutura normativa destes direitos, projetando a perspectiva de se apreender da ordem constitucional normas vinculadoras de deveres do Estado, apreendendo qual extensão e o qual fundamento normativo destes eventuais deveres, bem como a forma com que eles se evidenciam e se aplicam – e em que medida podem ser exigidos do Estado pelos particulares.

É necessário, também, verificar em que circunstâncias admitem a restrição – que, por hora, aludiremos segundo dois marcos lógico-temporais: antecedente, quando refere-se à restrição decorrente da delimitação do conteúdo dos direitos aferível de forma originária no texto Constitucional; e posterior, quando refere-se à restrição do conteúdo concretizado, isto é, definido em sede infraconstitucional – abordando, em sede de fechamento da pesquisa, para maneiras de se articular a proteção dos direitos fundamentais sociais, atentando-se para a forma como são apreendidos da ordem constitucional e manipulados efetivamente na práxis jurisprudencial.

2. JUSTIFICATIVA

Como ressaltado, em países de desenvolvimento tardio são elevadas distorções sociais e, conseqüentemente, indiscutíveis a necessidades de atendimento de demandas básicas, desde logo identificadas na Constituição, de parcela significativa da coletividade.

Nesse sentido, coloca-se a necessidade de se aprofundar a discussão relativa aos direitos sociais, particularmente reconduzidos à realidade brasileira e em seu texto constitucional, que cataloga extenso rol de direitos desta natureza.

Não se propõe que os reflexos desta constatação de caráter político-social, contudo, se imponha ao direito positivo de qualquer maneira. Nesse sentido, é preciso reconhecer que os espaços para discussão devem ser ocupados por análise metódica e metodologicamente responsáveis e, sobretudo, coerentes com uma determinada compreensão acerca da Constituição, da interpretação constitucional, da argumentação jurídica e da proporcionalidade, a fim de obter conclusões, produzidas com fundamento jurídico e, portanto, que sejam, por isso mesmo, em alguma medida universalizáveis em contextos constitucionais análogos quando se partilhe das

mesmas compreensões e premissas. Ao final, tem-se o escopo de investigar a restrição e a proteção do conteúdo jurídico dos direitos sociais.

3. OBJETOS

3.1 Objeto do estudo

Em face do tema proposto para a dissertação, o objeto desta investigação consiste na análise dos métodos de interpretação constitucional – alinhando uma determinada compreensão de Constituição – no que tange aos direitos fundamentais – alinhando uma determinada compreensão de direitos fundamentais, orientando-se, outrossim, por uma abordagem acerca da estrutura das normas.

A partir daí, pretende-se aprofundar a investigação em aspectos específicos da aplicação dos direitos fundamentais sociais mediante recurso da proporcionalidade e da ponderação e da argumentação jurídica, identificando-se quanto a estas, suas características e formas de controlar a articulação prática, socorrendo-se de conclusões preliminares para apurar os reflexos no que tange à concretização dos direitos fundamentais sociais e a proteção do conteúdo jurídico em face de atividades restritivas empreendidas por quaisquer dos poderes públicos.

3.2 Objetivos da pesquisa

- a. Alinhar pré-compreensão de Constituição, de interpretação constitucional, de estrutura normativa de direitos;
- b. Investigar e descrever, centrado nestas pré-compreensões, quais as consequências jurídicas possíveis a partir da afirmação da normatividade dos direitos fundamentais sociais da sua concretização, nomeadamente no que diz respeito à restrição, à aplicabilidade e à proteção do conteúdo jurídico;
- c. Relacionar a forma e as condições em que se aplicam direitos fundamentais sociais, o papel da proporcionalidade e da ponderação, neste contexto e quais mecanismos a serem articulados para proporcionar limites para

desenvolvimento de soluções concretas relativamente às questões apontadas anteriormente;

d. Nomeadamente no que tange à restrição, pretende-se verificar se é possível afirmar o fenómeno por aspectos distintos, que, por hora, falaremos em antecedente, quando diz respeito à alusão de restrição de um suposto conteúdo originário em face de processo de interpretação direta da Constituição; e posterior, quando referir-se se à restrição por ato estatal superveniente do conteúdo concretizado, isto é, delimitado em sede infraconstitucional.

e. No que diz respeito à sua aplicabilidade, pretende-se investigar qual a extensão de deveres relacionais decorrente das normas de direitos fundamentais sociais e que tipos de direitos concretos é possível se depreender delas;

f. Por fim, pretende-se analisar os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais que podem ser retirados efetivamente da ordem-constitucional com função de serem normas de controle.

4. METODOLOGIA (PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS)

Para desenvolver o estudo proposto, se adotará procedimentos metodológicos e técnicas de pesquisa relativas à análise do catálogo das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais, empregando técnicas da hermenêutica constitucional à luz de teorias da constituição e dos direitos fundamentais, embasadas em pesquisa na doutrina, jurisprudência e em trabalhos académicos de referência; sistematização do material encontrado e compilação de argumentos e fundamentos teóricos encontrados, a fim de projetar conclusões a respeito dos problemas suscitados.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

É pertinente, de início, enquadrar os direitos fundamentais no contexto evolutivo das distintas compreensões quanto à forma de Estado – ressaltando-se, desde logo, que não se trata de empreendimento cujo o escopo seja elaborar aprofundada digressão histórico-evolutiva de quaisquer referentes, mas indicar a premissa de que se parte para contextualização do sentido que se quer empregar à noção de Estado constitucional.

Assim, adequado revisitar o processo jurídico-histórico das primeiras positizações resguardando direitos individuais, destacadamente com o advento da *Magna Charta* de 1215, seguindo-se às revoluções liberais inglesa, norte-americana e francesa¹, e a decisiva influência destes eventos nos movimentos constituintes, nomeadamente norte-americano e francês, cujas reminiscências reverberaram no embate entre cidadãos e os núcleos de poder político, demarcando, como pano de fundo deste espaço de tensão, as exigências pela concessão de garantia de direitos de liberdade e de segurança (jurídica).

Tal histórico refletiu, ao fim e ao cabo, por um lado, o desejo que se formava nas sociedades modernas, pautado pelo estabelecimento de uma organização racional do Estado, e, por outro, fluindo por consequência, a exigência de concessão aos cidadãos de instrumentos tutela, capazes de limitar do arbítrio das ações estatais², cultivando-se, assim, a composição genética a partir da qual desenvolve-se o conteúdo jurídico atrelado à ideia de Estado de direito³.

Assenta-se, neste sentido, a compreensão de que o Estado deve-se conceber como garantidor de racionalidade entre os fins e os meios ao agir, e deve fazê-lo

¹ QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**: As Instituições do Estado Democrático de Direito e Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 361-361.

² NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 261.

³ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do direito constitucional. 1°. Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2012, pp. 140-141, identifica as origens do Estado de direito na ideia que se resume no aforismo “a rule of law and not of men”, isto é, é sempre preferível a “soberania” da lei sobre os homens do que a soberania dos homens sobre si mesmos. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7° ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 93-97, assenta que a noção primacial do Estado de direito, atrelados aos conceitos de Rechtsstaat, de Rule of law e de L'État legal que, embora guardem entre si, certas diferenças (cfr. *Ibidem.*, pp. 94-96), se reconduzem à pontos em comum, como a juridicidade estatal revelada pela exigência de proeminência de leis, produzidas por órgãos legitimados pela co-participação comunitária, em detrimento das ações emanados do poder político executivo que, doravante, passam a se submeter às mesmas leis que todos demais cidadãos.

apenas na medida em que lei geral e abstrata o autorize, respeitando a liberdade e a propriedade privada dos indivíduos⁴.

Estes comportamentos compatibilizam-se, essencialmente, com a existência de três vetores condicionantes do agir estatal: o princípio da separação de poderes; a prevalência da lei geral do Parlamento sobre a ação do executivo⁵; a proteção da propriedade e liberdade dos cidadãos⁶.

Erigem-se, assim, princípios – ou elementos de fundo formal – sem os quais a própria existência do Estado de direito quedaria comprometida, nomeadamente a legalidade – manifestada pela prevalência e pela precedência da lei (Estado Legal⁷); a independência do poder judicial, necessário à garantia da efetiva proteção aos direitos⁸; a separação dos poderes; e a constitucionalidade das leis⁹.

No decorrer da história, com o desenvolvimento dos Estados, bem como com a evolução e modificação dos comportamentos e práticas sociais, amplificando as zonas de interesses e os espaços de embate social e as variantes político-institucionais registradas, passa-se a cobrar, para além destes elementos de conteúdo eminentemente formal, a introdução de elementos de índole material¹⁰, que conduzam não apenas à simples limitação do agir estatal, mas ao condicionamento quanto à forma do agir, exigindo-se que seja voltado à satisfação de um conjunto de finalidades

⁴ Maria Lúcia Amaral, *A forma da república...*, p. 145.

⁵ HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da Liberdade**. trad. de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. 270, a propósito da noção de prevalência ou supremacia da lei (“rule of law”), que revela a importância de que toda ação coercitiva do governo seja “*determinada sem ambiguidades por uma estrutura legal permanente que permita ao indivíduo planejar com certo grau de confiança e que reduza tanto quanto possível, a incerteza*”.

⁶ Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, p. 147.

⁷ *Ibidem*, p. 148, salienta que o Estado Legal, baseado no princípio da Legalidade da Administração expressa-se pela “dimensão” do primado ou prevalência da lei – correspondente com a prevalência da lei, geral e abstrata, face ao ato administrativo – individual e concreto – e a reserva ou precedência da lei – relativa à exigência de estabelecimento prévio de lei, que justifique e oriente o agir administrativo.

⁸ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 116, observa que a elevação do poder judicial a um poder inteiramente autônomo representa a possibilidade de poder se depositar confiança no Direito, como sistema de garantias reais. Nesse sentido, também: Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, pp. 148-150.

⁹ Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, p. 154.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 150, 152-153. A respeito, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 97-100, descreve que o Estado constitucional não se reduz ao estado de direito – no sentido de uma constituição limitadora do poder, através do império da lei –, devendo, ainda, incorporar o elemento democrático, através de uma ordem legitimada pelo povo, amparada pelos princípios materiais do constitucionalismo. Com efeito, conforme alude FAVOREAU, Louis. **Legalidad y constitucionalid**: la constitucionalización del derecho. Trad. Magdalena Correa Henao. Universidade Externado de Colombia, 2000, p. 14, os fundamentos filosóficos, científicos e jurídicos do Estado legal se mantêm vigentes no Estado constitucional, porque dele decorre os grandes valores do pensamento atual: igualdade e liberdade, governo justo, democrático e protetor dos direitos dos cidadãos.

e anseios coletivos. Da limitação segue-se, pois, à conformação do exercício do poder estatal e impõe a exigência que vincule um determinado modo de agir, denotando, nomeadamente, a exigência de respeito e promoção de fundamentos materiais da Constituição, centrados, já modernamente, na tutela e garantia da dignidade da pessoa humana¹¹, da liberdade¹², da justiça¹³ e da segurança¹⁴.

É, pois, esta representação de Estado que ora se nomeia Estado constitucional, isto é, aquele em que se observa os elementos formais e os materiais, que condiciona a ação dos poderes públicos em prol de objetivos e finalidades decorrentes da garantia da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da justiça e da segurança¹⁵, amalgamando a democracia, o *rule of law* e os direitos fundamentais em um conjunto coerente e coordenado de apoio mútuo e recíproco, esteio que confere estabilidade e firmeza, oferecendo e coordenando, pois, o ambiente institucional e social necessários ao desenvolvimento dos direitos¹⁶.

É, neste sentido, e precisamente pela influência destes elementos materiais, centrados, sobremaneira, na dignidade da pessoa humana, que todo o sistema de direitos fundamentais se assenta, isto é, para além da posição cimeira que estes direitos ocupam na ordem constitucional, é o conteúdo material e axiológico que lhes confere centralidade, projetando-os como núcleo conformador do ordenamento como um todo, vinculando, outrossim, o modo de agir dos poderes públicos, dos indivíduos

¹¹ Maria Lúcia Amaral, *A forma da república...*, p. 164, identifica o papel da Constituição de proteger a dignidade e ordenar o Estado a cumprir este *ethos*. Nesse sentido, também, Reis Novais, *Os Princípios estruturantes...*, pp. 261-262.

¹² Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, pp. 167-168.

¹³ *Ibidem*, p. 170-172;175, concede à justiça o sentido de igualdade, do qual decorre um **dever jurídico** dos poderes públicos de tratar a todos com igual consideração e respeito e se manifesta por uma dimensão subjetiva, enquanto princípio que regula o modo pelo qual os direitos fundamentais são exercidos, e por uma dimensão objetiva, identificando um **fim objetivo** do Estado e orientando o **agir estatal socialmente empenhado em promover a igualdade material e a Justiça** [grifo nosso].

¹⁴ Nesse sentido, *Ibidem*, p. 178.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 177-178. Ademais, WEBER, Albrecht. El principio de estado de derecho como principio constitucional común europeo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 84, Septiembre-diciembre, 2008, pp. 27-28, identifica o Estado de direito como, além de princípio estrutural, um “objetivo constitucional”, consagrado por um conteúdo formal – revelado pela noção de supremacia constitucional, divisão de poderes e império a lei e suas garantias – e material – fundada na proteção dos direitos fundamentais e na consecução da justiça material.

¹⁶ TOMUSCHAT, Christian. Lo rule of law como principio basico del sistema de protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von, MORALES-ANTONIAZZI, Mariela, SAIZ ARNAIZ, Alejandro, UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (Org). **La tutela jurisdiccional de los derechos**: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, p. 98.

e orientando, enfim, o dever-ser jurídico¹⁷.

Nesta medida, os direitos fundamentais desempenham a função de serem, eles próprios, instrumentos limitadores dos poderes e do arbítrio estatal, a fim, precisamente, de resguardar o espaço das liberdades e garantias individuais, na medida em que projetam deveres de agir segundo estes novos conteúdos, reveladores de exigências de promoção de igualdade material por meio da consecução de fins sociais, econômicos e culturais¹⁸.

Portanto, é neste contexto histórico, político, social e jurídico em que se inserem o movimento modernas de produção constitucional das democracias, particularmente Constituições como a brasileira e a portuguesa, caracterizando-se pela positivação de extenso rol de direitos fundamentais, não mais apenas aqueles referentes estritamente à tutela de liberdades, mas também os ditos direitos econômicos, culturais e sociais, que evidenciam o decisivo engajamento axiológico das normas constitucionais que os consagram.

1.1. ABORDAGEM QUANTO AO FUNDAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos fundamentais, com as distintas classificações que a dogmática jurídica tradicionalmente lhes confere, evidenciam exigências distintas no curso do processo civilizatório e, nesta medida, influências particularmente próprias – seja da cultura jurídica, seja das premissas político-ideológicas – que impulsionaram o movimento que culminou no reconhecimento formal destes direitos em distintos textos constitucionais e, de modo geral, o reconhecimento majoritário quanto ao seu

¹⁷ Nesse sentido: ROLLA, Giancarlo. La tutela directa de los derechos fundamentalres por los Tribunales Constitucionales. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º. 11, 2007, p. 303; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp. 35-36.

¹⁸ GUASTINI, Riccardo. Normas supremas. trad. Jordi Ferrer. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º. 17-18, 1995, p. 268, vaticina que a Constituição enquanto ordem suprema, consagra os valores e princípios axiologicamente supremos (ou fundamentais), que conferem justificação e congruência a todo o ordenamento, isto é, conferem a fundamentação ético-política de todas as demais normas.

fundamento material, na dogmática jurídica¹⁹.

Desde logo, é possível depreender da observação dos registos históricos ilustrados, a correlação entre o desenvolvimento de direitos fundamentais e a força cogente das disposições jurídicas, refletido, outrossim, na passagem do modelo de Estado eminentemente liberal, voltado primacialmente para a proteção da liberdade individual, ao modelo de Estado Social, alcançando, hodiernamente, o que ora se apresenta como modelo de Estado Constitucional, centrado na dignidade da pessoa humana e na tutela dos direitos fundamentais em suas distintas dimensões²⁰.

Com efeito, a proposta para o alcance compreensivo da Constituição e das normas nela inscrita, exige situar o contorno que a ciência do direito confere aos direitos fundamentais, observando, ademais, o desenvolvimento da noção de força vinculante das normas jurídicas e a interação entre os campos jurídico e moral, apenas para citar duas perspectivas particularmente relevantes e há muito debatidas pela dogmática.

Neste sentido, cumpre registrar que a identificação destas normas como descritas em enunciados de carácter meramente programático – reconduzido à sua formulação originária no âmbito do constitucionalismo italiano do segundo pós-guerra²¹ – revela a ideia de que tratavam-se de disposições sem carácter vinculante e mesmo inaptas para que delas se deduzissem direitos e deveres jurídicos concretos,

¹⁹ Ainda que em Portugal, por exemplo, se discuta a existência de aspectos dogmáticos diferenciados quanto aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, não se tem evidências de que tal compreensão conduza necessariamente à negação dos direitos sociais como direitos fundamentais.

²⁰ Refere-se aqui, embora não se vá aprofundar ao longo do trabalho tal abordagem, às formulações que projetam os direitos fundamentais segundo a perspectiva geracional ou de dimensões, para enquadrar direitos de liberdade, sociais, metaindividuais e coletivos. Neste sentido, entre tantos outros, cfr. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31.º ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 576-587.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. in: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.), **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 43, assenta a origem do termo na Corte de Cassação italiana que, nos anos 50, a empregou para “*neutralizar o alcance normativo dos princípios constitucionais*” e “*negar sua idoneidade de abrogar ou invalidar a legislação precedente, ainda predominada pelo fascismo*”. Percebe-se, pois, que com o pós-guerra não se seguiu a ruptura das estruturas do Judiciário e da práxis e, conseqüentemente, os parâmetros de análise das normas ainda estavam sob forte influência da cultura jurídico-política até então vigente, ensejando o tratamento destas normas como meras finalidades políticas e não vinculativas aos poderes estatais. Sob outro contexto, BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Trad. Rodolfo Arango. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Ano 20, n.º. 59, Maio-Agosto, 2000, p. 49, insere a categoria de enunciados programáticos no contexto da Constituição de Weimar, para identificar normas não vinculantes ao legislador; Nesse sentido, também, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft., 1993, p. 97.

circunscrevendo-se sua eficácia à função política norteadora do conteúdo das leis, cuja implementação e proteção, todavia, não se obrigava²².

Deste modo, para além da justificativa meta-jurídica histórica para negação de normatividade destas disposições, ancorava-se, outrossim, na sua própria configuração normativa e na dogmática desenvolvida acerca deles, isto é, apontava-se para o grau de sua determinabilidade constitucional – com as correlações, comumente advenientes, como a ausência especificação de meios para realização das finalidades e inexistência de definição do próprio grau para realização destas finalidades – para concluir-se pela impossibilidade de se conferir caráter jurídico vinculante às normas²³.

Todavia, projetando-se uma nova maneira de compreender a Constituição e, conseqüentemente, a normatividade das normas constitucionais, esta sustentação perde relevância e incompatibiliza-se com as exigências do Estado constitucional; logo, a discussão quanto à existência ou não de vinculatividade das disposições de direitos sociais, bem como o questionamento quanto à aptidão para que delas se deduzam deveres²⁴, exige refutação de premissas que conduzam à conclusão de

²² Constatando este sentido: FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial**: El modelo de la República Federal de Alemania. Trad. Luis López Guerra e Jaime Nicolis Muniz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 258; PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a ‘Existem direitos sociais?’ de Fernando Átria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 260, ressalta, embora com concepção mais alargada quanto às possibilidades da norma programática, que a definição de programas vincula juridicamente o legislador a atuar conforme as finalidades eleitas pelo constituinte.

²³ Com tal observação, Bernal Pulido, *Fundamento...*, pp. 153-154. Contudo, ressalta o autor, esta característica da norma não deve significar a negação de seu caráter jurídico e, tampouco o fato de o Parlamento atuar na atividade conformadora da norma, confere regime de exceção ou imunidade em relação ao princípio da supremacia da Constituição, de modo a se autorizar a negação do caráter jurídico das disposições que contemplam os direitos sociais. Assim, GUASTINI, Riccardo, Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomía**, n.º. 22, Abril, 2005, p. 226, afirma que, porque “requerem atuação ou concretização por parte do legislador”, geralmente se atribui aos direitos sociais a qualificação de normas programáticas.

²⁴ Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, pp. 113-119, afirma que Hesse atribui a tese da força normativa da Constituição uma eficácia real, sendo a Constituição apta a atuar de forma “determinante e regulativa na realidade social”. Prefigura, pois, uma concepção de constituição enquanto ordem fundamental, material e aberta. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1176, assevera que com a conformação que lhe foi dada originariamente, estaria declarada a “morte” das normas programáticas, uma vez que se deve reconhecer valor jurídico e eficácia vinculativa à todas as normas constitucionais; KRELL, Andreas Joachim, Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. **Revista de informação legislativa**, ano 36, n.º. 144, out./dez., 1999, p. 240, acentua que as “normas-programa” prescrevem ao Estado determinados fins e tarefas, mas não como meras recomendações ou preceitos morais com “eficácia ético-política meramente diretiva”, mas constituem “direito diretamente aplicável”. Nesse sentido, também, SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos

esvaziamento da normatividade das normas de direitos sociais (ou, sob uma perspectiva estrutural, de qualquer tipologia de direito fundamental que se possa depreender de normas cuja estruturação seja vazada por normas-princípio), eis que sustentá-las conduziria à negação da própria força normativa da Constituição²⁵.

Ademais, aceitando-se a influência de elementos materiais na conformação do Estado constitucional, o aspecto valorativo torna-se subjacente à positivação dos direitos fundamentais, influenciando-se e fundamentando-o, estabelecendo um ponto de viragem compreensiva a partir do qual se assenta a existência de uma dimensão objetiva destes direitos, implicando, para além de uma dimensão subjetiva, consagradoras de posições jurídicas individuais, a necessidade de observância de finalidades idealizadas pelo e para o conjunto social²⁶.

Disto decorre, como assenta Böckenförde, a dupla qualificação dos direitos fundamentais, que podem ser identificados como direitos subjetivos de liberdade²⁷ tanto quanto como normas objetivas de princípio (decisões axiológicas) e, quanto a estas, sustentam-se na ideia material de valor referente à noção de “*ordem objetiva*

fundamentais na perspectiva constitucional, 11. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 255-257, que afirma que todas as normas são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade, podendo ter “*cunho programático*” quando necessitam de concretização legislativa; contudo aplicáveis imediatamente na medida da sua eficácia.

²⁵ Nesse sentido, BOROWSKI, Martin, **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 39.

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976**. 5.º ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp.108-109, salienta, a propósito, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais reflete a necessidade de se compreender os direitos fundamentais sob o ponto de vista da comunidade política e social a que se dirige, enquanto valores e fins a que se propõe prosseguir, através da ação estatal, ultrapassando, assim, o ponto de vista individual, próprio da dimensão subjetiva. Com efeito, a noção da influência de aspectos valorativos revela a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que subsidiam a existência de um efeito irradiador e orientador das condutas dos poderes públicos e dos particulares, revestindo deveres objetivos de proteção e prestação – de conteúdo positivo e negativo. Nesse sentido também: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 3.º ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p.266; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1.º. reimpr. Rio de Janeiro: Fórum, 2013, pp. 374-375; VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. 2006. 286 fls. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília, Brasília, 2006, pp. 189-191.

²⁷ A noção da norma de direito fundamental enquanto norma subjetiva de liberdade se reconduz às compreensões que vicejavam no constitucionalismo alemão sob a influência da Constituição de Weimar e, com novos desenvolvimentos – direito fundamental como liberdade geral de ação; vigência dos direitos fundamentais nas relações de sujeição especial; limitações à limitabilidade dos direitos fundamentais – se incorporaram na Lei Fundamental. Para maior aprofundamento, cfr. Böckenförde, *Estudios sobre derechos fundamentales...*, pp. 99-104.

*axiológica e como sistema de valores*²⁸.

Nesse sentido, a dimensão objetiva impõe-se como a “mais valia” jurídica dos direitos fundamentais, isto é, um complemento da dimensão subjetiva, capaz de retirar

²⁸ Assim: Böckenförde, *Estudios sobre derechos fundamentales...*, p. 106. Também Forsthoff, *El estado de la sociedad...*, pp. 251-252, que descreve, quanto ao contexto alemão, a pressão do Estado social sobre as estruturas então vigentes, impulsionada em grande medida pela compreensão dos direitos fundamentais, que, naquele contexto, passaram a incorporar também funções sociais e serem entendidos como princípios objetivos, positivando valores, levando o sistema de direitos fundamentais a ser compreendido como sistema de valores inerentes à Constituição. Recorta-se, assim, o fundamento que compreende da Constituição, a partir de valores comunitários partilhados, remontando algo aproximado com a Teoria da Integração SMEND, Rudolf. *Constitution and Constitutional Law*. In: JACOBSON Arthur J.; SCHILINK, Bernhard. *Weimar: A jurisprudence of crisis*. Trad. Berlinda Cooper; Peter C. Caldwell [et. al]. University of California Press, 2000, pp. 217-218, em que se concebe a integração como o processo de contínua renovação do Estado, o plebiscito do cotidiano em detrimento de um comportamento estático, reunindo diversas manifestações individuais do estado, em processo de contínua renovação e formação, reconduzidas a uma substância ou estrutura espiritual, representativa dos objetivos e valores comunitários. Com efeito, quanto aos direitos sociais, compreendido como a espécie de direitos que demandam prestações materiais do Estado e mediação legislativa, Böckenförde, *op. cit.*, pp. 80-82, desenvolve uma abordagem específica quanto à forma com que são garantidos juridicamente; assim, por recusar a possibilidade de deduzir pretensões jurídicas concretas por meio de recurso interpretativo e, logo, ante a impossibilidade de se conferir direitos subjetivos a um titular, compreende estes direitos como mandatos objetivos, dirigidos aos Poderes públicos, aos quais se imputa deveres objetivos, nomeadamente conducentes à satisfação das finalidades indicados nas disposições normativas, confrontando, por via reflexa, o comportamento inerte, a desatenção deliberada, evidente e grosseira. Neste sentido, a compreensão destes direitos como mandatos objetivos estabelece vinculações necessárias de respeito aos comandos insertos nas disposições, cujas consequências, exemplificativamente, são de impossibilidade de haver uma inatividade ou uma desatenção evidente e grosseira do dever jurídico decorrentes da finalidade normativa; ademais, o mandato objetivo projeta-se para além da desatenção grosseira do fim inscrito na norma, impedindo, igualmente, que medidas adotadas ao encontro da norma sejam, posteriormente, suprimidas ou reduzidas em limites da inatividade e da desatenção grosseira – sendo eventual ação neste sentido configurada como verdadeira violação de direito de defesa, oponível subjetivamente. Bernal Pulido, *Fundamento...*, p. 160-161, todavia, diferentemente do que exposto, chama atenção para o fato de que a vinculação, tal como delineada, acaba por compreender também uma vertente subjetiva, na medida em que se apresenta ao particular como verdadeira pretensão defensiva contra a desatenção evidente e grosseira da finalidade constitucional. Nesse sentido, sustenta mesmo que os mandatos objetivos são, na realidade, deveres morais ou políticos e não um dever jurídico, exigível e controlável pelo Judiciário, posto que, quando apresentada uma hipótese de proibição de inatividade absoluta ou de desatenção grosseira, ou mesmo de supressão de medidas já adotadas, a medida a ser adotada pelos particulares em face dos atos estatais será uma vertente subjetiva defensiva, estruturada em uma relação triádica contra arbitrariedade, da qual os particulares são submetidos e, na condição de sujeitos ativos, podem deduzir pretensões. Ademais, defende que a eventual indeterminação quanto ao objeto do dever estatal, não deve ser confundida com o sujeito ativo ou titular direito que lhe é correlativo posto que tratam-se de elementos normativos independentes; assim sendo, na hipótese em que uma disposição de um direito social prescreve determinado fim, ainda que com acentuado grau de indeterminação – o fomento à saúde, por exemplo – os indivíduos titulares do direito têm o poder jurídico de exigir que o fim seja realizado, porque a busca pelo atendimento da finalidade é, de todo modo, obrigatória, não se podendo, portanto, associar a indeterminação da prestação com a ausência de pretensão jurídica. Ademais, André Rufino, *A estrutura...*, p. 183, oportunamente identifica, ao estabelecer a perspectiva de que os direitos fundamentais não se confundem com os enunciados normativos que estabelecem sua proteção normativa, que direitos fundamentais não o são porque gozam de proteção, mas porque o são, deve-se articular a respectiva proteção, de modo que a “dimensão valorativa que justifica a própria existência de uma dimensão deontológica”. Quanto a este aspecto, cabe a ressalta proposta por Borowski, *La restricción...*, pp. 44-45, em que ressalta, adequadamente, que não se deve compreender isto como uma “moralização desmedida do direito constitucional” porque regras e, também, os princípios jurídicos são normas deontológicas e devem se reconduzir aos critérios de validade próprios da ordem jurídico-constitucional da qual pertencem.

dos dispositivos constitucionais efeitos não revelados pela dimensão subjetiva²⁹.

Com efeito, deve-se compreender a forma pela qual ocorre o atrelamento da dimensão subjetiva ao conceito de direito subjetivo, estabelecido a partir da ideia de proteção de posição jurídica quando se permite ao titular exigir judicialmente um proveito decorrente da norma³⁰ escapando, pois, da forma de proteção que seria própria dos direitos subjetivos, a fim de não se implicar a conclusão de que esta circunstância conduziria óbice aos direitos sociais, posto que admiti-los resultaria em

²⁹ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 134. Ademais, o autor (*Ibidem*, p. 110), parte de uma concepção de direitos subjetivo que não o reduz a um reflexo do direito objetivo, defendendo a autonomização dos efeitos característicos da dimensão subjetiva, e compreendendo a dimensão objetiva em sentido estrito, ou seja, como produtora de efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico dos direitos subjetivos. Na dimensão objetiva só tem lugar os conteúdos normativos a que não se possa corresponder direitos individuais. Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, pp. 476 confere aos direitos fundamentais sociais, na dimensão subjetiva, a condição de direitos subjetivos insito ao “espaço existencial do cidadão”, sem que isso esteja relacionado quer com a exequibilidade imediata, quer com a justiciabilidade, havendo um âmbito de proteção que lhes é garantido constitucionalmente e que, portanto, não pode ser afetado; projetando-os na dimensão objetiva, altera-se a operatividade prática, ressignificando o sentido jurídico que se lhe atribui ao comando normativo, que, enfim, pode redundar instituindo um dever de legislar (“imposição legiferante”) ou de fornecer prestações materiais.

³⁰ Assim revela, por exemplo, o conceito de GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. 1°. ed. Cidade do México: Fontamara, 2001, pp. 214-216; 220-221, direito subjetivo nada mais é do que uma pretensão atribuída a um sujeito, face a outro, ao qual se impõe um **dever correlativo**, ou, de outro modo dito, representa a possibilidade de se **exigir um determinado comportamento** [grifo nosso]. Entretanto, retoma o autor, direitos subjetivos positivos podem ser “verdadeiros” ou “sobre o papel” (atribui a esta “classe”, a maioria dos direitos sociais); distingue ambos, pelo fato de o primeiro satisfazer três condições: i) são suscetíveis de tutela judicial; ii) poder ser exercitados ou reivindicados frente a um sujeito determinado; iii) seu conteúdo consiste em uma obrigação de conduta bem definida. Com efeito, ao afirmar que direitos subjetivos devem estar justificados por outras normas não se limita ao direito positivo, admitindo que decorram de normas morais ou naturais. Para MORAIS, Carlos Blanco de. De novo a querela da ‘unidade dogmática’ entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de ‘exceção financeira’. **Epública: Revista eletrônica de direito público**, n°. 3, 2014. Acessível em: <http://e-publica.pt/>, p. 13, direito subjetivo compreende uma posição jurídica ativa consagrada numa norma jurídica portadora de um elevado grau de determinabilidade ou decidibilidade, o que permite ao seu titular desfrutá-la em termos imediatos ou exigir judicialmente que seja assegurado esse mesmo desfrute. Esclarece, ainda, que a referida determinabilidade normativa do direito subjetivo envolve, em regra, a identificação objetiva do titular do direito, o seu objeto (o bem jurídico protegido), o seu conteúdo (faculdade de agir e obrigações específicas dos poderes públicos ou de terceiros de forma a proporcionar o gozo do direito) e a sua efetiva justiciabilidade junto dos tribunais. De modo simplificado, Vieira de Andrade, *op. cit.*, p.110, adota para os direitos subjetivos um sentido amplo que traduz direito fundamental como relevador direito subjetivo quando gera posições jurídica subjetivas ativa ou de vantagem, que abrange todas as faculdades suscetíveis de referência individual, partindo da noção de direito subjetivo enquanto poder ou faculdade para realização efetiva de interesses reconhecidos por uma norma jurídica como bens jurídicos próprios do titular. No âmbito dos direitos sociais o autor (Vieira de Andrade, *op. cit.*, pp. 361-362) afirma que estas normas não conferem o poder de exigir o desfrute, mas impõe o dever de legislar, isto é, possuem normatividade, tem força jurídica e vinculam poderes públicos, reconhecido, assim, a existência de um conteúdo mínimo – que, se individualizado fosse, poderia fundamentar a existência de posições subjetivas – que enseja a atribuição da categoria de pretensões jurídicas (uma espécie intermédia que o autor adota por considerar que não são meras normas proclamatórias de tarefas ou interesses juridicamente protegidos, mas que ainda não constituem direitos subjetivos perfeitos).

perda de legitimidade do sistema de direitos fundamental³¹.

Isto porque direitos fundamentais “*não cabem na moldura do direito subjetivo, face a complexa estrutura e multifuncionalidade destes direitos*”³², devendo-se compreender os direitos subjetivos por decorrência das posições conferidas conforme a relações jurídicas expressa na norma³³, estabelecendo uma determinada perspectiva que leve, ademais, em consideração a distinção entre norma e posição jurídica³⁴.

Todavia, nada obstante se reconheça certa primazia de normas de direitos sociais que, por muito frequentemente vincular exigências dependentes de prestações materiais positivas do Estado, não permitem que de suas disposições se possa, à primeira vista, retirar, no nível das opções políticas positivadas na Constituição, a

³¹ ÁTRIA, Fernando, *Existem direitos sociais?*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 56, 2005, pp. 32-33; 36. disponível em: <http://www.amprs.org.br/revista/54>

³² Daniel Sarmento, *Direito Constitucional...*, pp. 374-375; Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de Direito...*, p. 265, ressalva que, conquanto a dimensão subjetiva guarde maior pertinência, face as origens históricas – e a função primacial que desempenhava na defesa dos direitos de liberdade do indivíduo – a característica identificadora desses direitos é de “*ensejarem uma pretensão a que se adote um determinado comportamento ou no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações*”.

³³ Nestes termos, o determinante para o reconhecimento de direitos subjetivos é a existência do caráter relacional da norma, ou seja, a evidência de que direitos e obrigações são correspondentes, de modo que exista equivalência lógica entre a relação triádica dos direitos e das obrigações e deveres, na qual ao direito a algo do titular corresponda um dever de fazer algo do destinatário. Nesse sentido, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.º ed., 3.º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 209. Sintetizando isto, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1.254, define que uma norma garante direito subjetivo quando o titular tem, em face do seu destinatário, o direito a um determinado bem e o destinatário tem um dever em face do titular.

³⁴ Conforme aduzido por Alexy, *op. cit.*, p. 184-185, norma é o sentido depreendido do enunciado normativo; posição é o direito a algo que alguém tem em face de terceiro. Ademais, ao propugnar um modelo de direitos subjetivos em três níveis, distinguindo: a) razões para direitos subjetivos, b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e c) exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos, conclui-se que a existência de direitos subjetivos não depende da capacidade jurídica para sua exigibilidade, o que se sucede é o inverso, isto é, a existência do direito é fundamento da sua exigibilidade. Nesse sentido, Alexy (*Ibidem*, pp. 187-189), chama atenção para a necessidade de distinguir enunciados que contenham a razão para direitos e enunciados para proteção ou exigibilidade de direitos. QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 143 ressalta que uma coisa é a garantia dos direitos fundamentais, outra é a questão da subjetivação, isto é, saber se podem ser tratados como direitos subjetivos; A este respeito, CANAS, Vitalino. Relação jurídica-pública. In: **Separata do vol. VII do Dicionário Jurídico da Administração Pública**, Lisboa, 1996, p. 224, argumenta que a garantia do objeto do direito é exterior à relação jurídica; não é um elemento constitutivo ou ontologicamente essencial nem um elemento definidor da norma, não fazendo parte da estrutura da relação jurídica. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, pp. 369-370, defende que a distinção entre coação e prestação “deixou de ser um padrão dogmático de tutela de direitos fundamentais” e que o grau de vinculatidade dos direitos com dimensão programática não é menor porque não estão dotados de justiciabilidade autônoma. Afinal, consoante GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____ **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 47, “*Trata-se não de reconhecer um direito por existir um dever exigível, mas sim de garantir que onde exista direito se estabeleça o dever correspondente e a forma de o exigir*”.

forma pela qual se concretizará o adimplemento dos deveres fixados, exigindo a tarefa mediadora para delimitação do conteúdo concreto a ser exigido – tarefa que, *a priori*, recai sobre as instituições legislativas que dispõe de margem para realizar a tarefa de conformação³⁵ –, isto não deve autorizar a conclusão de que as normas de direitos fundamentais são desprovidas de normatividade e vinculatividade ou limitadas a estabelecer compromissos políticos e fixar programas³⁶ ou, noutros termos, representar uma constituição meramente nominal³⁷.

A Constituição, como alude Hesse³⁸, não configura apenas expressão de um ser, mas de um dever ser; *“ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social”*, devendo manter, portanto,

³⁵ Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais: funções...*, pp. 132-134, ressalta a harmonização da ideia de ordem quadro – enquanto constituição que ordena o que é proibido e ordenado, isto é, o que está autorizado no interior do quadro é aberto à discricionariedade do legislador – e ordem fundamental, em uma perspectiva qualitativamente, em que se admite que a Constituição decide os assuntos fundamentais da comunidade, ressaltando, ainda, a incompatibilidade destas concepções de Constituição conviverem se tomada a ordem fundamental por uma perspectiva quantitativa, resgatando a ideia do “ovo jurídico originário”, isto é, de que a Constituição não oferece espaço para atuação discricionária do legislador. Para maior aprofundamento, cfr. Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 578-583.

³⁶ Neste sentido, é registrado por Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 482, a referência da decisão do Tribunal Constitucional Português (TCP) no Acórdão (Ac) n.º. 39/84, através do qual assentou-se que a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos sociais conduzem os conduzem à funcionar como parâmetros de controle judicial, quando a análise de medidas restritivas de direitos estiverem em causa e, quando assim consagradas no direito positivo, constituem imposições de legislar, cujo incumprimento faz recair sobre o legislador a sanção da inconstitucionalidade por omissão, não havendo, por sua parte, de dispor quanto ao cumprimento ou não da tarefa que lhe é impingida.

³⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2.º. ed. reimp. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 218; 401-402, quando fala em Constituição nominal refere-se àquelas constituições cujo caráter normativo é instado a ser confirmado pela prática; uma constituição juridicamente válida, mas cuja *“dinâmica do processo político não se adapta a suas normas”*. Diz-se que a *“Constituição carece de realidade existencial”*. Para o autor, na constituição nominal os *“pressupostos sociais e econômicos existentes”* operam contra uma *“concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo do poder”*, o que impede a completa integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política. Neste contexto, a função primária da constituição nominal é educativa e seu objetivo é de, num futuro não muito distante, converter-se em constituição normativa e determinar a dinâmica do processo do poder ao invés de submeter-se a ela. Associando esta classificação à ideia de direitos sociais, observa que em países menos desenvolvidos, estes direitos permanecem como *“planos nominais para o futuro”*, até que exista condições socioeconômicas que permita sua aplicação; cumprem, assim, não mais do que o papel de estimular os detentores do poder para realiza-los e representar uma esperança, para os destinatários do poder, de que um dia possam ser levados a cabo. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, p. 120, por seu lado, afirma se *“é indesmentível que a força normativa de uma constituição não pode fundamentar-se apenas da vontade do poder constituinte que criou a constituição, dado que tem de ponderar-se as possibilidades de realização do seu conteúdo e confiar-se na vontade atual dos participantes da vida política de dar efetividade aos preceitos materiais da constituição, nem por isso se julga negativo acentuar a dimensão da constituição como tarefa e esboço programático, a realizar independentemente da sua eventual não conformidade com uma realidade constitucional”*.

³⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

a capacidade de adaptabilidade face às alterações de ordem econômica e social, e mesmo mudanças políticas conjunturais que reclamam a adoção de diferentes estratégias e a priorização variável tanto das políticas necessárias à implementação de direitos quanto ao modo de garantir a realização concreta dos direitos fundamentais, sob pena de ver abalada a própria vigência constitucional.

Desta feita, mesmo que se reconheça a carência de densificação legislativa em certos direitos fundamentais, nomeadamente algumas espécies direitos sociais, isto não retirará a sua oponibilidade face aos Poderes públicos, sendo dotados de eficácia, com aptidão, portanto, a vincular e a comandar a ação estatal, de modo a orientar o atendimento das finalidades constitucionalmente fixadas³⁹.

Neste sentido, estabelecemos a premissa segundo a qual os direitos fundamentais sociais estão suportados por um núcleo material de elevada carga axiológica, antecipadamente definido pela comunidade política, que regula, em posição especial na ordem jurídico-constitucional, a relação entre o Estado e os indivíduos⁴⁰ e orienta a forma de compreender e validar as demais normas do sistema, constitucional e legal; consagram-se, assim, como instrumentos para a efetivação dos elementos materiais do Estado constitucional⁴¹.

³⁹ Ingo Sarlet, *A eficácia...*, p. 255-257, que afirma que todas as normas são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade, podendo ter “cunho programático” quando necessitam de concretização legislativa; contudo aplicáveis imediatamente na medida da sua eficácia. SILVA, José Afonso. **A aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 160, descreve, quanto às hipóteses em que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, os casos em que: i) estabelecem um dever para o legislador ordinário; ii) condicionam a legislação futura, conduzindo à inconstitucionalidade leis que a contrariem; iii) informam uma concepção de Estado e sociedade e inspiram a ordenação jurídica, através dos fins sociais e valores de justiça social; iv) constituem sentido teleológico de interpretação e aplicação, interpretação e integração das normas; v) condicionam e orientam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; vi) criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

⁴⁰ Ademais, Forsthoff, *El estado de la sociedad...*, p. 253, registra, a este aspecto, que a chamada eficácia de direitos fundamentais contra terceiros decorre da noção de direitos fundamentais como ordem de valores positivados, conquanto se ressalve que a ideia da eficácia horizontal (“*Drittwirkung*”) também é explicada a partir da noção de deveres de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, cfr. Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 452 e ss.

⁴¹ Carlos Bernal, *Fundamento...*, pp. 147-148. Nesse sentido, GOMES CANOTILHO, José Joaquim. “Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”. In: _____ **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 106, ressalta que, na generalidade, os direitos e liberdades individuais são indissociáveis dos referentes económicos, sociais e culturais. O paradigma da liberdade igual, razoável e racionalmente estruturado em termo de justiça ou de uma moralidade normativo-constitucionalmente plasmada, pressupõe uma ordem jurídico-constitucional de reciprocidade. Esta compreensão, observa Luísa Cristina, *O princípio...*, p. 57, impõe uma visão sistêmica de direitos fundamentais a partir de aspectos estruturantes, como a dignidade como valor unificador e justificador do sistema.

Ressalta-se, desde logo, que afirmar a existência deste *ethos*⁴², que, como dito, influencia o processo de positivação dos direitos fundamentais e, a partir disto, a forma de compreendê-los, não significa pretender submeter a leitura das normas jurídicas constitucionais à uma abordagem ético-moralizante individual, quando da definição do conteúdo normativo dos direitos⁴³. Isto é, a nossa vista, o engajamento material das normas constitucionais precede e prescinde de juízos morais individuais do intérprete/aplicador, estranhos aos valores incorporados pelo próprio sistema jurídico⁴⁴.

⁴² Com distintas perspectivas acerca desta conotação, percebe-se, em ATIENZA, Manuel. Tesis sobre Ferrajoli. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º. 31, Diciembre, 2008, pp. 213-216, a compreensão de direitos fundamentais como valores ético-políticos, conduzindo a necessária conexão do direito com a moral, bem como dotando a teoria do direito de capacidade explicativa e munida de critérios para solução dos casos difíceis, através da teoria da argumentação e das práticas argumentativas. Esta concepção é fundamentalmente diversa de uma certa concepção de direito (positivismo jurídico exclusivo), para a qual a existência do direito **não pode** depender da adequação à moralidade, tal como apontado por MORESO, José Juan, *El positivismo jurídico y la aplicación del derecho*. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º. 27, 2004, p. 49. Nada obstante, o próprio autor (Ibidem, p. 62), atribui esta concepção como inadequada do ponto de vista conceitual, devendo-se adotar a “*tese de identificação do direito*” segunda a qual “*a identificação do que é direito não necessita depender de critérios ou argumentos morais*” [grifo nosso], que, conforme se verá adiante, também não nos parece a melhor conclusão.

⁴³ Neste sentido, é pertinente quando DUARTE, David, **A norma de legalidade procedimental administrativa: A teoria da norma e a criação da norma de decisão na discricionariedade instrutória**. 2004, 996 f., Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas), Universidade de Lisboa, Lisboa, p. 638-640, assenta que a esta composição, que nomina de “carga emotiva”, provoca confusão no plano do direito posto, podendo até mesmo afetar a realização do direito e a determinação do dever-ser, produzindo conteúdos estranhos aos limites semânticos da norma, afirmando direitos pelo que “se entende e não o que dele objetivamente consta”. Também assim, EGÍDIO, Mariana Melo. Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais: a ponderação e a tese ampla da previsão. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. I., Coimbra Editora, 2010, p. 612, para quem a compreensão estrutural dos direitos fundamentais, em particular a distinção propugnada entre regras e princípios, independe do conceito de Direito perfilhado e da perspectiva quanto à interconexão da ciência jurídica com a moral.

⁴⁴ Não se refuta, com isso, a possibilidade de, circunstancialmente, verificar-se a validade jurídica da norma a partir da compatibilidade com princípios e valores morais; ressalva-se, apenas, que tais valores devem ter sido incorporados ao sistema jurídico. É, nesta medida, uma conclusão assemelhada àquela suportada pelo positivismo incluyente ou incorporacionista, de autores como WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Trad. Marcela S. Gil; Romina Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.17; 21, que admite que se possa, contingencialmente, depreender a verificação da validade da norma jurídica do conteúdo moral, desde que estes valores morais estejam incorporados pela regra de reconhecimento, rompendo decisivamente com a tese da separação conceitual entre direito e moral – tal como, aliás, o próprio Hart (HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6.º ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 309; 312), com variações, sinalizava reconhecer. Preserva-se, entretanto, a tese das fontes sociais na medida em que a verificação do direito válido por critério moral depende da adoção de uma certa convenção da comunidade jurídica acerca dele. Neste sentido, STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5.º ed., rev., modif., e atual. 2.º. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42, sustenta que há aqui a aceitabilidade raciocínios de cunho moral como critério de identificação do direito válido, desde que produzidos convencionalmente, o que conduz à admissão da atribuição de vinculação jurídica obrigatória a princípios morais incorporados pela regra de reconhecimento. Confrontando esta perspectiva, ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. In: _____; SILVA, Rogério Luiz Nery da; XAVIER BAEZ, Narciso Leandro (orgs). **Dignidade da pessoa humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**: em comemoração ao 70.º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 303-315, *passim*, defende a necessária conexão entre validade

Assim, sem pretender recusar de forma completa a intersecção do direito positivo com seu fundamento material, e a relevância de reconduzir, em algum momento, a interpretação do direito à substância que lhe norteia, é preciso desenvolver uma melhor compreensão quanto ao sentido objetivo da norma, segundo parâmetros metodológicos adequados, afastando-se das “cargas emotivas” que permeiam o debate centrado naqueles aspectos.

1.2. ABORDAGEM SEGUNDO A ESTRUTURA DA NORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Quando se coloca em análise os direitos fundamentais sociais (ditos direitos a prestação em sentido estrito), propõe-se a tratar daqueles que tem como objeto a realização de ações positivas fáticas, excluindo-se demais direitos a prestações (em sentido amplo), como os referentes aos direitos de proteção e de organização e procedimento⁴⁵.

jurídica e conteúdo moral – e não de forma contingencial, decorrente da incorporação de conteúdos morais pelo sistema jurídico – de modo que o sistema moral cumpre uma função corretiva e externa ao jurídico (isto é, “não se incorpora na institucionalização” do direito), orientando a sua pretensão de correção, no âmbito de uma abordagem não-positivista inclusiva. Ocorre, contudo, que Alexy admite, até o limite da injustiça extrema, a existência de leis injustas ou moralmente iníquas, posto que socialmente eficazes e emitidas pela autoridade (portanto sem negar veementemente a tese das fontes sociais), sem que isso comprometa sua validade jurídica – trata, no ponto, de um resultado preconcebido acerca do balanceamento entre o princípio da segurança jurídica, tutelando a positividade no sentido formal e o princípio da justiça, como tutela de dimensão material. Neste contexto, a nosso sentir, exsurge um problema cuja solução não se vislumbra, posto que, na medida em que a perspectiva não-positivista inclusiva sustentada, admite a possibilidade de normas jurídicas injustas, desde que não atinjam o ponto da injustiça extrema, serem consideradas válidas, não se verifica, numa perspectiva pragmática, qual o liame que efetivamente a distingue da tese positivista inclusiva quando sustenta que contingencialmente a validade ou invalidade da norma pode ser aferida segundo a moral. Ademais, cientificamente, parece-me mais razoável apostar na formação convencional de critérios morais reconhecíveis pela comunidade do que no senso individual quanto ao que constitui a injustiça extrema e quanto ao que não a constitui.

⁴⁵ Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 202-203, por exemplo, propõe a distinção entre ações positivas fáticas e normativas, na qual estas referem-se aos atos estatais de criação de normas; são os direitos a prestações em sentido amplo, ao passo que as ações fáticas caracterizam-se pela irrelevância jurídica da forma pela qual o objeto é satisfeito e, em regra, poderiam também ser realizadas por particulares; aqui estão representados os direitos a prestações em sentido estrito ou, propriamente, os direitos sociais, econômicos e culturais, tema central deste trabalho. Assim, conclui que as normas de direito social são direitos a prestação em sentido estrito, que tem por objeto ações positivas fáticas (materiais), isto é, prestações de bens de natureza econômica e culturais e sociais que poderiam ser obtidos por oferta de particulares, se os titulares dispusessem de meios e recursos. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42, em uma definição conceitual, propõe que direitos sociais são, aqueles direitos que, na sua dimensão objetiva principal, impõe ao Estado deveres de garantir aos particulares bens econômicos, sociais ou culturais fundamentais aos quais só se pode obter mediante

Assim, se estabelece que a norma se funda em uma relação triádica, que prefigura um caráter relacional entre o destinatário do dever esculpido na norma e o titular do direito, isto é, a estipulação do direito a uma determinada prestação (o objeto da norma) atribui equivalente dever ao destinatário da norma, que, neste caso, constitui uma prestação material acerca de um determinado bem de fundo constitucional.

Ocorre que comumente se sustenta que em tais direitos, seja pelo caráter do específico objeto que consagram, seja pela própria forma como estão positivados, a definição precisa deste objeto – ou, melhor dito, a definição dos meios para se alcançar dado objeto –, ou mesmo dos sujeitos cujas normas beneficiam, não são identificáveis ou determinados em nível constitucional, o que revelaria certas características estruturais destas normas, usualmente elencadas como a abertura estrutural, baixa densidade e indeterminabilidade normativa⁴⁶.

Nesta perspectiva, quando se atribui a estas normas o caráter aberto ou indeterminado se está sustentando precisamente que há impossibilidade de identificar a solução normativa pretendida, nomeadamente quanto a qual seja a conduta estatal a ser exigida, indicando a carência quanto à individualização e a conformação do conteúdo concreto do direito⁴⁷.

contraprestação financeira. Não se distanciando desta estrutura, MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II, Vol. 2. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 552, afirma que direitos sociais constituem pretensões jurídicas e políticas dos cidadãos em face dos poderes públicos, no sentido de estes lhes proporcionarem o acesso a bens e equipamentos de natureza económica, social e cultural, desiderato que é assegurado através de prestações de ordem financeira material.

⁴⁶ Alexy, *Teoria dos Direitos...*, pp. 70-71, coloca o problema da densidade ou abertura da norma pela ótica da abertura vertical (caráter indeterminado que demanda mediação legislativa) e horizontal (incompletude do texto) ou *open texture* da linguagem jurídica, termo a que se refere COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º 21-II, 1998, p. 101, quando designa que a indeterminabilidade da norma refere-se a “problema epistemológico relativo a cognoscibilidade das consequências jurídicas das ações”.

⁴⁷ Cfr. Alexy, *op. cit.*, p. 301 e ss; Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 193, ressalta que quando se fala em normas abertas esta a se referir à indeterminabilidade normativa, que convoca a atuação dos “órgãos responsáveis” para concretização do espaço de liberdade decisória necessária à “adequação da norma perante uma realidade multiforme e cambiante”. Nesse sentido, também, Bernal Pulido, *Fundamento...*, pp. 150-151, ao afirmar que a indeterminação dos direitos sociais decorre do fato de a disposição que estabelece o direito não fixar, de forma precisa, em todos os casos, qual a prestação necessária para satisfazer o direito e, por consequência, deixar indeterminado o que é considerado constitucionalmente contrário aquilo que o direito exige. Acerca da compreensão quanto à determinabilidade, projetada na identificação do conteúdo concreto, Gomes Canotilho, *Metodologia fuzzy...*, p. 101, sugere que a indeterminação normativa explica, em grande medida, a confusão entre conteúdo (juridicamente definido e delimitado) e sugestão de conteúdo sujeita a modelos políticos-jurídicos cambiantes, afirmando que “o transformismo normativo dará azo à passagem de um discurso jurídico rigoroso centrado em categorias como direitos subjetivos e deveres jurídicos para um discurso político-constitucional baseado em programas concretizados de princípios sectores e de directivas políticas”. Em

Em face disto, admite-se que o objeto prestacional atribuído ao Estado possa ser implementado de distintas maneiras, diversas delas potencialmente aptas a garantir efetividade à norma, ou, de outro modo dizendo, dado que o âmbito de proteção da norma apresenta-se *a priori* amplo, se autoriza, em princípio, múltiplos tipos de conduta potencialmente aptas à satisfação da finalidade normativa, cabendo, ao fim e ao cabo, aos poderes do Estado, particularmente ao legislador democrático, definirem os meios pelos quais tais realizações materiais serão implementadas⁴⁸.

Tais conclusões, todavia, não dizem respeito exclusivamente aos direitos sociais, às normas que os garantem ou enunciados do qual advém; investindo na compreensão das estruturas das normas, sem circunscrevê-las à segmentação direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais, compreende-se que tais afirmações são próprias de normas que se estruturam de tal ou qual forma, independentemente da “qualidade” do direito que consagram.

Isto porque, quando se coloca a análise da estrutura das normas de direitos fundamentais sociais é necessário que se tenha, à partida, a definição de premissas, a partir das quais gravitam compreensões e conclusões que se destacam das discussões quanto ao substrato formal e material que fundamentam a existência dos direitos fundamentais.

A primeira premissa, diz respeito à ausência de relação biunívoca entre o enunciado normativo e a norma de direito fundamental⁴⁹, assim como entre estes e o

David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 49, a indeterminabilidade significa que o sentido deontico produz efeitos sem que se possa detectar quem são os sujeitos a que a norma se dirige, isto é, não podem reconduzir-se à norma sentidos de dever ser individuais, que possibilitam a determinação de diferentes destinatários, no momento constitutivo ou integrativo da norma.

⁴⁸ Decorre disto que, podendo apenas uma ação estatal ser obrigatória, dentro do universo de possibilidades, deve-se abrir ampla margem de liberdade para o Estado escolher aquela que, sendo politicamente oportuna e financeiramente possível, constituirá, a um só tempo, um direito ao particular e um dever concreto de ação estatal. E caberá ao Estado, nomeadamente na função legislativa, uma vez que, conforme realça Luísa Cristina, *O princípio...*, p. 51-52, ao não definir o meio, a Constituição não determina quais ações estatais positivas específicas deverão ser realizadas, oferecendo uma pluralidade de ações possíveis para conformar o objeto, reclamando a atuação tipicamente discricionária do legislador legitimado democraticamente para a determinada ação de satisfação do direito social e, torná-lo, pois, justificável.

⁴⁹ Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 69 e ss, partindo desta premissa, aprofunda a definição do conceito a partir da diferença entre enunciado normativo e norma; normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional e norma de direitos fundamentais atribuída às normas estabelecidas pela Constituição, isto é, normas que não decorrem diretamente do texto, mas que se revelam em face da indeterminação semântica ou estrutural. Salienda, ainda, que **são normas de direito fundamental todas aquelas para as quais existe a possibilidade de correta fundamentação referida em direitos fundamentais**, ressaltando que para as normas diretamente estabelecidas a fundamentalidade se pressupõe com a referência ao texto constitucional [grifo nosso]. Enfatizando a distinção sob o aspecto estrutural, DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and

próprio direito fundamental que consagram, de modo que pode-se conceber que de um texto ou disposição jusfundamental podem derivar uma ou mais normas e, eventualmente, se pode depreender uma norma do ordenamento sem que exista, a rigor, correspondência textual expressa⁵⁰; o que não se admite, contudo, é que um direito exista sem uma norma que o garanta.

A segunda refere-se à condição de serem normas jurídicas, tanto quanto quaisquer outras existentes no ordenamento jurídico, de modo que suas propriedades normativas são comuns⁵¹ e também o são os elementos estruturais que a compõe⁵² – e, portanto, ainda que se lhes reconheçam como uma categoria especial de normas, é de normas jurídicas que se tratam.

Assim, realçar que direitos fundamentais existem conformados por normas jurídicas constitui necessário ponto de arranque quando se pretende investir na análise desta complexa estrutura e das possibilidades compreensivas que delas

its formulation. **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Edição da Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra Editora. Vol. VI, 2012, p. 119.

⁵⁰ Nesse sentido, Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 50-51. A propósito, também com esta compreensão e dimensionando a extensão doutrinária que parte desta mesma perspectiva, SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais no âmbito da Constituição Federal brasileira de 1988*. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.º. 13, 2009, p. 433 (nota 7). ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa: A Construção Dogmática**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 29-30, propõe os direitos fundamentais como “realidades compreensivas, complexas e variadas, susceptíveis de decomposição analítica em vários tipos de normas e de relações”, ao passo que disposições são as expressões textuais e as normas os resultantes do processo de interpretação dos enunciados.

⁵¹ Isto é, conformam-se em enunciados de natureza deontica, com pretensão de ordenação do sentido do dever-ser e prescrevem de forma hipotética e genérica. Com efeito, o reconhecimento destas como propriedades intrínsecas às normas conduz à afirmação de que estão sempre a indicar o sentido das proposições, isto é, haverá sempre a pretensão prescritiva quanto ao conteúdo e o sentido do dever-ser, não se limitando meramente a descrever a realidade tal qual se implementa. Ademais, a hipoteticidade das normas refere-se à necessidade, para a determinação do seu sentido, de que sejam verificadas certas condições a fim de obter-se significado normativo pleno e sentido deontico autônomo ao passo que a generalidade condiz com a impossibilidade de determinação individual prévia dos sujeitos a quem a norma se dirige, isto é, a indeterminabilidade de destinatários. Nesse sentido: David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 47-50.

⁵² Aqui refere-se nomeadamente: i) à previsão, enquanto elemento que indica as condições do sentido normativo, isto é, contempla as condições cuja verificação implementam o efeito do dever-ser e exercem, na estrutura normativa, tanto a função de antecedente condicional quanto de redutor das possibilidades de atribuição de condições aptas a produção de efeitos e exteriorizando-se através de pressupostos; ii) à estatuição, como campo de incidência do sentido de dever-ser, isto é, o elemento consequente que se verifica quando implementadas as condições previstas nos pressupostos contidos na previsão normativa e exercem a função de determinar o quadro factual, ou de outro modo, o campo de incidência, em que os efeitos jurídicos se produzem, enquanto consequência específica da norma; iii) o operador deontico incorporado pela norma, formulado a partir dos modais deonticos de permissão, obrigação e proibição que conferem a natureza deontica das normas, conferindo sentido jurídico aos efeitos contidos na estatuição e estabelecendo a relação mediadora entre os elementos anteriores, de forma condicional e ordenada entre o antecedente e o consequente, exigindo, outrossim, a ocorrência deste quando satisfeitas as condições daquele. A respeito, cfr. David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 50-56.

resultam.

Neste contexto, asseverar a condição de norma jurídica induz a afirmação da natureza deôntica; todavia, dizer do caráter deôntico da norma jurídica não basta, a afirmação exige excluir a possibilidade de se compreender que a norma possa ser veículo para meramente anunciar fatos ou realidades pretendidas. O sentido deôntico reconduz-se à necessidade de compreensão da norma como prescrição de dever-ser, contemplando, pois, um sentido normativo, uma indicação ideal a ser, necessariamente, perseguida pelos destinatários⁵³.

Assim, deve-se ter a perspectiva que em face da arquitetura estrutural destas normas, as eventuais dificuldades teóricas decorrentes e, enfim, todas as características pertinentes às normas em geral repercutem potencialmente de igual modo nas normas de direitos fundamentais.

Ademais, por esta condição, as normas de direitos fundamentais podem ser reduzidas a enunciados deônticos, através dos quais se pode obter a sentido de conduta, a depender da articulação do modal depreendido do enunciado, isto é, de permissão, de imposição ou de proibição⁵⁴. Os primeiros, com efeito, identificam condutas cujo objeto é referido pelo modal de permissão, de modo que o sujeito a quem a conduta é atribuída pode ou não realizar o comportamento descrito e, geralmente, a conduta permitida corresponde ao exercício do próprio direito fundamental; os segundos, obrigam um determinado comportamento cuja observância confere efetividade ao direito ou, mais comumente, garantindo as condições para que a posição jurídica decorrente do direito seja exercida; os terceiros, por seu turno, conferem situação jurídica de vantagem quando restringem comportamentos aptos a criar óbices ao exercício de direitos e, assim, o direito decorre da limitação negativa quanto a comportamentos contrários⁵⁵.

⁵³ David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 47, não é, portanto, uma descrição da realidade, mas uma determinação, possuindo conteúdo diretivo e não meramente indicativo, implicando, assim, em prescrever o que deve ser e não do que é.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 82-85, sustenta a possibilidade de análise das normas a partir da verificação dos modos. Ademais, a interdefinibilidade dos modos, que pressupõe a negação de um modal de proibição ou imposição conduz, tendencialmente, à afirmação da permissão, leva à exaustividade dos modos elencados e a afirmação de inexistência de lacunas quanto às normas de direitos prescritivas de condutas. Neste sentido, cfr. DUARTE, David. Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra Editora. Vol. XLIII, n.º. 1, 2002, pp. 276-277.

⁵⁵ David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 646-647.

Inobstante, embora não exista, particularmente, uma correlação absoluta entre as tipologias de normas e a qualidade do direito, podendo-se apreender do catálogo de direito fundamentais tanto normas permissivas consagrando direitos sociais quanto normas impositivas consagrando direitos de liberdade, é constatável que, tendencialmente, os direitos de liberdade estão contidos nas normas permissivas e os direitos sociais nas normas impositivas⁵⁶ e isto se deve, em boa medida, pela demarcação quanto a estes direitos propugnada no tópico anterior.

Cumprido ressaltar, outrossim, que adotar a premissa de que normas de direitos fundamentais são, ante de mais, uma categoria de normas jurídicas, acaba por inseri-los na ambivalência da ordenação jurídica, nomeadamente na distinção entre as normas de tipo regra e as normas de tipo princípio, enquanto expressões de unidades normativas do sistema jurídico.

Deve-se, sob este aspecto, portanto, desenvolver aspectos dogmáticos referentes à colocação deste tema e, bem assim, caracterizar as estruturas normativas inerentes aos princípios e às regras para enquadrá-las adequadamente no contexto dos direitos fundamentais sociais.

1.2.1. A distinção entre norma regra e norma princípio

Como pressuposto já estabelecido, direitos fundamentais são fenômenos deontológicos, isto é, verificáveis através de enunciados deontológicos que obrigam, proíbem ou permitem comportamentos definidores de pretensões, liberdades, poderes e imunidades⁵⁷ e que se caracterizam pelo elevado enraizamento material dos seus conteúdos, face ao atrelamento aos valores consagrados pelo ordenamento, refletidos da dignidade da pessoa humana.

A percepção destes direitos como realidades complexas e multifacetadas

⁵⁶ Nesse sentido, David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 648-651, embora aponte que não parece haver correspondência entre normas permissivas e direitos de liberdade e normas impositivas e direitos sociais, podendo-se mesmo reconhecer no catálogo de liberdade com operador de imposição e no catálogo de direitos sociais com operador de permissão, ressalta que normas de direito de liberdade são genericamente permissivas e, com efeito, normas de direitos sociais permissivas configuram, materialmente, normas de direito de liberdade.

⁵⁷ A referência, aqui, remete aos conceitos jurídicos desenvolvidos por HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1917, p. 710, disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4378.

conduz à ideia de que sua compreensão não se limita à dimensão deôntica, embora esta deva ser tomada como ponto de partida – e muitas das vezes, também como limite – para o estabelecimento dos sentidos decorrentes desta categoria especial de norma jurídica.

Ademais, ao se haver a comum indicação de que que direitos fundamentais, nomeadamente os sociais, são consagrados por disposições normativas semântica e estruturalmente abertas, com acentuado grau de indeterminabilidade e cujos conteúdos são reveladores de elevada carga moral, acaba-se por acentuar a associação destes aos princípios.

Contudo, a distinção quanto aos tipos de normas, isto é, entre regras e princípios recobra a necessidade de aprofundamentos teóricos maiores do que aqueles que comumente se anunciam, não sendo suficiente o emprego de certos conceitos, ainda que largamente disseminados, e por muitos aceito sem devida compreensão, para estabelecer um quadro compatível com a pluralidade de divergências situadas no âmbito da abordagem dual destas normas⁵⁸.

É neste contexto que nos propomos a adentrar no tema, conduzindo uma análise correlacionada entre o viés da estruturação normativa e teórico-conceitual, a fim de evidenciar a compatibilidade do emprego destas estruturas às normas de direitos fundamentais, adequando, assim, as soluções metodológicas referentes à determinação e ao desenvolvimento do conteúdo normativo, à forma de aplicação, às técnicas de solução de conflitos e de proteção dos conteúdos.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15.º ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 45-46, assim expõe sua crítica: “A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto”. Isto realça que a abordagem a partir de autores como Dworkin, Alexy e Atienza trata de uma dimensão da perspectiva complexa que o tema oferece. Neste sentido, Borowski, *La restricción...*, p. 35, nota. 28, observa que se tratam de autores que descrevem, tal como ele próprio, distinções estritas, do ponto de vista lógico, entre regras e princípios, diferentemente daqueles que compreendem uma distinção dúctil ou simplesmente não ressaltam distinções. Nesse sentido, também, André Rufino, *A estrutura...*, p. 108, que ressalta quanto a estes três autores a compreensão de uma distinção “forte ou qualitativa” entre regras e princípios, baseada, sobretudo, na análise da estrutura destas espécies e na relação entre o aspecto estrutural e o funcional. Nada obstante, registra-se as críticas feitas à esta abordagem, por, dentre outros, POSCHER, Ralf, *Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios*. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 77-78, quando afirma que regras e princípios estão estruturados identicamente e apenas se diferenciam pelo conteúdo dentro de uma mesma estrutura.

1.2.1.1 Perspectivas da distinção no plano dogmático-conceitual

Conquanto não seja particularmente inovador referenciar a compreensão da dualidade tipológica das normas a partir do “confronto Hart *versus* Dworkin”, esta alusão guarda alguma pertinência, a título de colocação introdutória.

Vale ressaltar, nesse sentido, que Dworkin empregou uma abordagem contestadora das formulações do pensamento positivista, nomeadamente ao refutar as postulações *hartianas* e a pretensa ideia de um sistema jurídico formado por um conjunto de regras predeterminadas⁵⁹. Neste ensejo, propôs a introdução ao conjunto normativo outros tipos de padrões normativos, enfatizando a norma-princípio (princípios e tarefas políticas)⁶⁰ e estabelecendo uma distinção forte entre regras e princípios (em sentido genérico), isto é, de natureza lógica, baseado, outrossim, na forma como cada norma orienta o processo decisório⁶¹.

Assim, a base deste entendimento é forjada na ideia de que as regras formulam previamente as consequências jurídicas decorrentes da implementação das condições que descreve o enunciado, isto é, fixa as condições para aplicação e, uma vez satisfeitas estas condições, as consequências se produzem automaticamente. Neste diapasão, em situações de conflitos normativo, decorrente de sobreposição regulativa entre duas regras, dir-se-á que a aplicação será disjuntiva, isto é, aplicam-

⁵⁹ DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-35, deixa evidente, quando aduz o propósito de “lançar um ataque geral contra o positivismo”, que centraliza suas considerações a partir da teoria positivista de Hebert L. A. Hart, contrapondo-se, particularmente, à noção do direito enquanto conjunto de regras especiais – identificadas e distinguidas com auxílio de critérios que testam não seu conteúdo, mas seu “pedigree”, isto é, a maneira como foram adotadas ou formuladas e pretende-se capaz de identificar a validade das regras ou se compreendem juízos jurídicos ou morais, de modo que apenas da existência de regras jurídicas válidas pode decorrer a aplicação do direito – capazes de determinar quais comportamentos serão coagidos e punidos pelo poder público, posto que tal sistema se revelaria insuficiente para solucionar os hard cases ou retomaria, invariavelmente, para a discricionariedade decisória.

⁶⁰ Dworkin, *op. cit.*, p. 36, identifica que princípio é um padrão a ser observado, enquanto exigência de justiça, equidade ou alguma dimensão da moralidade; política, por outro lado, é um padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, uma melhoria do ponto de vista econômico, político ou social da comunidade. Nada obstante, ambos se inserem em uma compreensão genérica do termo princípio, enquanto padrão distinto da noção de regras jurídicas alegadamente formatadas pelo positivismo *hartiano*. André Rufino, *A estrutura...*, p. 87-88, ressalta, a propósito, que a identificação de Dworkin de princípios enquanto espécie de normas jurídicas, por um lado, “abrem caminho para a entrada dos valores no direito” e por outro, não mais se compreendem como mero valor, mas assumem um caráter normativo, isto é, deontológico.

⁶¹ Dworkin, *op. cit.*, p. 39; André Rufino, *op. cit.*, p. 77-78.

se uma ou outra, na base do “tudo ou nada”.

E isto é assim precisamente porque se coloca a hipótese de conflito normativo das regras no plano da validade, de modo que se a norma é jurídica e é válida, deve ser aplicada subsuntivamente; se não pode sê-lo, deve-se reconhecer a invalidade da regra⁶², diferentemente do que sucede em colisão de princípios, cuja resolução invoca a verificação ponderada segundo a dimensão do peso⁶³

As críticas formuladas por Dworkin – ainda que as respostas que lhe foram dirigidas indiquem que algumas das premissas que fundamentaram suas críticas não guardem a dimensão exata daquilo que a teoria positivista de Hart pretendeu retratar⁶⁴ – e as projeções teóricas decorrentes, ofereceu terreno para o desenvolvimento de abordagens e de conceitos relativos às distinções dos padrões normativos baseando-se, não raro, na premissa de que há distinções estruturais que justificam esta dualidade.

Ocorre que a referência à existência de outros padrões normativos amplia a perspectiva quanto à compreensão de sistema normativo. Genericamente, a alusão aos princípios (incluindo-se, consoante Dworkin, todos os padrões normativos que diferem das regras⁶⁵), propõe a restrição desta relação direta entre as condições de

⁶² Dworkin, *Levando os direitos...*, pp. 39-40; 43, observa que a invalidade não decorrerá quando houver regra de exceção previamente estipulada e, quanto mais exceções foram arroladas, mais completo será o enunciado da regra.

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 347-438 confirma as bases do critério forte proposto por Dworkin, observando que a principal diferença estabelecida entre princípios e regras reside no fato de que, na maior parte das hipóteses, princípios demandam juízos de ponderação, enquanto regras tendencialmente resolvem-se por meio de juízos subsuntivos simples; ou seja, relevante para definir eventual caracterização da distinção não seria atribuir aos princípios o caráter de mandato de otimização, como posteriormente faz Alexy, mas verificar a relação que tais tipologias normativas possuem com a ponderação e a dimensão do peso, por um lado, e a aplicação subsuntiva, por outro lado.

⁶⁴ Refiro, particularmente, a abordagem que Hart desenvolve quanto aos “padrões jurídicos variáveis” (Hart, *O conceito de direito...*, p. 325) enquanto um tipo normativo associável à deia de princípio. Nesse sentido, também, ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. *Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico*. **Revista do Instituto de Direito brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa**. Ano 1, nº 11, 2012, pp. 6455-6506. Acessível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6455_6506.pdf, p. 6491, quando assenta que “não há absolutamente nada que permita traçar uma distinção sensata entre esses padrões, que podem ser extraídos da moral caso a regra de reconhecimento assim conceba, e os princípios jurídicos pensados por Ronald Dworkin. Com tal registro, também, Mariana Melo Egidio, *Análise da estrutura...*, p. 613.

⁶⁵ Dworkin, *op. cit.* p. 141. Quanto aos princípios, e a sua composição de princípios em sentido estrito e policies, importa destacar que, no plano funcional, aqueles fornecem argumentos de direito – e estabelecem direitos individuais – enquanto estes fornecem argumentos de política – e estabelecem objetivos coletivos. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 38-39, destaca que a alusão aos direitos como trunfos, neste contexto, refere-se aos *political*

aplicação e a consequência jurídica, fazendo incidir, em contextos específicos, a dimensão de peso ou importância, que indica, nos casos concretos difíceis, qual norma terá maior importância e, conseqüentemente, deverá ser observada para fins de regulação efetiva de determinado caso⁶⁶.

É assim que Alexy aproveita os contornos já traçados por Dworkin, tratando as regras como espécies normativas que sempre serão satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, no que tange à realização do conteúdo jurídico do enunciado, não supõe a possibilidade de que ocorra variação de grau, na medida em que a configuração de regras, a partida, exige a determinação daquilo que é fática e juridicamente possível, bem como a previsão antecipada das eventuais exceções aplicativas, restando, afinal, o conteúdo já delimitado da norma⁶⁷.

Por outro lado, caracteriza que os princípios seriam mandamentos de otimização (ou mandato a serem otimizados⁶⁸), isto é, que comandam que a finalidade

rights, isto é, direitos morais fundamentais, relacionados à exigência da dignidade humana – e não, necessariamente, aos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos. Cumpre notar segundo o autor, Dworkin desenvolve a ideia de que direitos são trunfos contra (sobretudo) decisões políticas, isto é, revelam posições jurídicas individuais, decorrentes do direito – de cariz moral – a igual respeito e consideração, a fim de proteção de bens de liberdade e autonomia individual. Nesse sentido, os trunfos colocam-se em meio aos policies e aos principles, isto é, entre as utilidades de bem-estar e fins coletivos – econômicos, sociais ou políticos – e as exigências de moralidade e justiça, respectivamente, de modo que em nome da perseguição das policies não se pode colocar em sacrifício os principles.

⁶⁶ Dworkin, *Levando os direitos...*, p. 42; André Rufino, *A estrutura...*, p. 80.

⁶⁷ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 91. Assim é que se diz que Alexy remonta uma distinção lógica baseada no estabelecimento de distinção estrutural das normas, na qual o critério distintivo centrado nas condições de aplicação é acolhido com reservas enquanto o estabelecimento do caráter *prima facie* ou definitivo de princípios e regras é enfatizado. Nesse sentido, Reis Novais, *As restrições...*, p. 325.

⁶⁸ SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios. In: _____. **La teoria principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 29-31, nota que Alexy, ao propor esta maneira de se compreender os princípios, parte da consideração que os mandatos de otimização devem sempre ser satisfeitos por completo; comportam-se como verdadeiras regras. Ocorre que ao compreender princípios como mandatos a serem otimizados, passam a ser tornar objeto da ponderação, o que, segundo o autor, conduz a um problema que levaria a teoria dos mandatos de otimização a não se ajustar com a função dos princípios de razões para juízos de ponderação e a própria ideia de otimização, na medida em que, se os princípios são compreendidos como objetos de ponderação, não seria possível averiguar a função argumentativa que têm. Assim, contesta a identificação de princípios enquanto mandatos de otimização, desde logo porque mandatos de otimização não estariam, eles próprios, sujeitos à ponderação e, além disto, faltariam critérios para identificar as soluções ótimas antes do processo de ponderação. Reis Novais, *op. cit.*, p. 346, igualmente, trata a distinção baseada na natureza de comandos de otimização como insuficiente e equívoca, porquanto não atribui ao direito fundamental enquanto princípio e comando de otimização a possibilidade de realização gradual. Consoante esta perspectiva, a otimização é uma regra e o que se sujeita à otimização é o objeto em si do comando, isto é, o bem jurídico cujo acesso a norma garante. SILVA, Virgílio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R.(ed.). **La teoria principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 244, observa que as críticas dirigidas à noção de mandatos de otimização podem categorizar-se quanto às de cunho metodológico – que tentam demonstrar a subjetividade e racionalidade incontrolável do conceito – e de cunho

consagrada no texto seja realizada na maior medida possível – atentando-se para as possibilidades fáticas e jurídicas, a serem avaliadas no caso concreto –, justificando-se a maior ou menor realização do conteúdo jurídico pela avaliação do espaço de expansão até o ponto de conflito com outros bens e valores constitucionalmente garantidos, hipótese em que a continuidade da expansão exigirá uma argumentação constitucionalmente fundada e aplicação sustentada na ponderação⁶⁹.

Desenvolvendo o raciocínio quanto à distinção sob a perspectiva do modo de aplicação dos princípios, depreende-se a formulação da ideia de que funcionam como mandatos de otimização do conteúdo normativo descrito na disposição. Isto significa dizer que se compreende que princípios constituem comandos que orientam para a realização da norma, na maior medida possível, respeitando-se não só as possibilidades fáticas, mas também as possibilidades jurídicas existentes –

funcional – referente à invasão indevida na discricionariedade legislativa. Trata-se da compreensão, tal qual revelada por ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano 1, vol. 1, n.º 4, 2001, pp. 16, acessível em: <http://www.direitopublico.com.br>, de que a ideia de mandatos de otimização abre espaço para a compreensão dos princípios como mandatos a serem otimizados ou que se otimizam. Nesse contexto, os mandatos a serem otimizados deveriam ser compreendidos enquanto objeto da ponderação, ao passo que os mandatos de otimização passam a um metanível, vinculados à máxima da proporcionalidade e devem ser percebidos como comandos definitivos para otimização das normas. Porém, segundo ALEXY, Robert, On the structure of legal principles. In: *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 3, 2000, p. 301, isso não quer dizer que se deva abandonar a referência aos princípios como mandatos de otimização, pois esta maneira de tratamento é a forma mais simples de representar a natureza dos de otimização, pois, como regra, a otimização está contida no próprio conceito de princípio. O princípio implica o mandato de otimização e vice-versa; “são as duas faces de uma mesma moeda”. Assim, tudo aconselha a que se continue a utilizar a expressão mandatos de otimização e somente se parta para diferenciações mais refinadas quando um tipo de análise mais profunda o requeira. Ralf Poscher, *Acierto, errores e falsos...*, pp. 81-85, entretanto, rebate a distinção entre mandatos a serem otimizados e mandatos de otimização – a que qualifica como tentativa de salvar uma distinção ontológica entre regras e princípios – pois, sustenta, para reconstruir mandatos de otimização não é preciso recorrer-se a tese de mandatos a serem otimizados, mas apenas objetos que devam otimizar-se. Aprofundando as ponderações ao observar que, por um lado, os mandatos de otimização ordenam que se otimize algo, não que se otimizem mandatos, isto é, podem se referir a qualquer objeto, por outro, a aplicação do direito, independentemente da tipologia normativa, pode consistir em um “mero seguir de regras” – quando tratar de casos fáceis – mas também de considerações analíticas complexas – em casos de normas ou estado de coisas mais complexos – assim como argumentações e valorações mais elaboradas em que a ponderação de bens e a otimização tiverem de se destacar para resolução de casos difíceis, de modo que a aplicação do direito não é uma questão relativa à norma aplicável, mas ao estado de coisas que se deve valorar e ponderar. Neste sentido, reputa um erro da teoria dos princípios ontologizar diferentes técnicas de aplicação da norma e concebê-las como diferentes tipos de normas. Nesse sentido, também, Comanducci, *Principios jurídicos...*, pp. 93-94, afirmando que não há distinção ontológica entre normas; a distinção se evidencia no contexto da interpretação, aplicação, argumentação e solução de conflitos.

⁶⁹ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 105; Bernal Pulido, *Fundamento...*, p. 168, chama atenção para o fato de que as restrições devem ser proporcionadas, isto é, devem estar justificadas nas limitações econômicas, em exigências desprezadas de outros direitos fundamentais – sociais, democráticos ou de liberdade – ou de outros bens constitucionais. Jan-R. Sieckmann, *Los derechos fundamentales...*, p. 29, a seu turno, assenta que a caracterização dos princípios como razões para juízos de ponderação se apresenta como a mais frutífera forma de compreender o conceito dos princípios.

pressupondo, ademais, a gradualidade na realização do conteúdo normativo – conforme as disponibilidades verificadas no caso concreto⁷⁰.

Sob outra perspectiva, diz-se que princípios e regras funcionam como razões para normas – isto é, princípios fornecem razão para normas *prima facie* e regras fornecem razão para norma definitiva, salvo se houver estabelecida previamente uma cláusula de exceção – de modo que quando a razão para juízo concreto do dever-ser for estruturado como uma regra, fundamentará razão definitiva e, conseqüentemente, direito definitivo e, por outro lado, quando estiver em causa um princípio, dir-se-á que promove razões *prima facie* e direitos *prima facie*⁷¹.

Convém, neste contexto, aduzir que a teoria que consagra princípios como direitos *prima facie* parte do pressuposto que direitos são limitáveis, precisamente por força de restrições externas ao seu conteúdo (trata-se da teoria externa das restrições, objeto de análise do Cap. IV), de modo que o conteúdo não limitado ou não restringido é precisamente o que se trata por *prima facie*, ao passo que o conteúdo limitado revela o próprio caráter definitivo⁷².

⁷⁰ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 90. Assim é que Mariana Melo Egídio, *Análise da estrutura...*, p. 616, aponta que a diferença propugnada por Alexy é mesmo de caráter qualitativo, assentada na forma como a norma é aplicada, variado, neste aspecto, quanto ao modo de projeção no ordenamento, na forma de resolução de conflitos e na definitividade da regulação.

⁷¹ Alexy, *op. cit.*, pp. 106-108; ressalve-se, contudo, que para Alexy (*Ibidem*, p. 104), isto não significa conferir aos princípios sempre caráter *prima facie* ou às regras sempre caráter definitivo. Ávila, *A distinção...*, p. 10, destaca que a diferença revela-se pelo fato de as regras instituírem obrigações absolutas – isto é, que não pode ser superadas por normas contrapostas – ao passo que os princípios instituem obrigações *prima-facie* – isto é, podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes. Diante desta perspectiva, atenta-se para a previsão que se faz dos direitos fundamentais sociais enquanto direitos definitivos, isto é, direitos que estabelecem posições jurídicas definitivas – não suscetíveis de restrição – aos seus titulares, qual seja, o direito subjetivo a uma prestação estatal, consistente em um dever vinculativo de legislar. Assenta Bernal Pulido, *Fundamento...*, pp. 163-165 que ao compor a estrutura da relação jurídica dos direitos fundamentais sociais consoante a abordagem da teoria das posições jurídicas definitivas, tem-se que os direitos sociais impõem ao legislador (sujeito passivo) um dever de legislar (objeto) que, produzem ao indivíduo-titular (sujeito ativo) direitos subjetivos correlatos, a saber: direito a um mínimo de atividade legislativa e direito de que as normas estabeleçam condições idôneas para satisfação das necessidades existenciais, isto é, um mínimo existencial. Conforme registra Bernal Pulido, a teoria das posições jurídicas definitivas funda-se na noção de que os direitos sociais “se concretizam em alguns deveres de abstenção, no direito contra extrema inatividade legislativa, nos direitos à igual participação nos direitos sociais derivados, no direito à satisfação de um mínimo existencial e no direito ao não retrocesso social”. É bom notar que aqui a referência à prestação possui um sentido amplo, não devendo se confundir com o conceito de prestação em sentido estrito, isto é, as prestações materiais propriamente ditas.

⁷² Nesse sentido, Borowski, *La restricción...*, pp. 31-32, ressaltando que a teoria dos direitos definitivos desenvolve-se atrelada à noção subjacente à teoria interna das restrições e supõe que direitos não possam ser limitados, porque já o foram no processo anterior à sua positivação (os limites são imanentes), isto é, seu conteúdo já está, a priori, predeterminado. Trata-se, do efeito ablativo das intervenções restritivas legítimas. Como define SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2º. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 67 e ss; 204-207, direitos enquanto princípios estão constituídos por um suporte

Por outro vértice, nas regras haveria um conteúdo jurídico preordenado, de modo que a disposição normativa contemplaria toda a extensão do conteúdo normativo, não oferecendo, pois, espaço para a gradualidade de realização, decorrendo, assim, a afirmação quanto à definitividade da regulação e, por conseguinte, do direito advindo da norma⁷³.

Com efeito, tratando-se de perspectivas acerca da tese da distinção entre regras e princípios (diretrizes e princípios em sentido estrito), Atienza e Manero, por sua vez, recorrendo, também, a uma abordagem funcional⁷⁴ destas espécies normativas buscam compreender a distinção das normas conforme a razão para ação que enunciam⁷⁵.

Assim, concebe-se que o “universo normativo” está adstrito a uma destas categorias: razão peremptória (regras) ou não peremptória (princípios); determinação fechada (regras) ou aberta (princípios e diretrizes)⁷⁶ da condição de aplicação; configuração fechada (regras e princípios) ou aberta (diretrizes) da conduta qualificada deonticamente; cumprimento pleno (regras e princípios) ou cumprimento

fático amplo, que impõe, de um lado, que o âmbito de proteção desses direitos seja interpretado também de forma ampla – ou seja, qualquer “ação, fato, estado ou posição jurídica” que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no “âmbito temático” de um direito fundamental, deve ser considerado por ele *prima facie* protegido; e, de outro lado, também a noção de intervenção estatal, enquanto parte integrante do suporte fático, deve ser interpretado de forma ampla. Assim, se no âmbito dos direitos de liberdade, o suporte fático corresponde ao âmbito de proteção (abstenção do Estado), intervenção do Estado e consequência jurídica, no âmbito dos direitos sociais, o âmbito de proteção é composto pelas ações estatais que potencialmente podem realizar o direito; a intervenção estatal corresponde ao não agir para atender à finalidade normativa ou agir de forma insuficiente, sem fundamentação, se omitindo de forma infundada e acarretando a consequência jurídica de estabelecer um direito definitivo.

⁷³ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 105; Borowski, *La restricción...*, p. 39 acrescenta a conclusão lógica: direitos e bens garantidos por regra não estão sujeitos à serem ponderados com outros bens e direitos ou podem sofrer limitações; têm o conteúdo plenamente determinado.

⁷⁴ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios e reglas. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 10, 1991, p. 110 e ss.

⁷⁵ ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Lisboa: Escolar editora, 2014, pp. 90-92, observa que a concepção de normas como ação remete às lições de Joseph Raz, que compreende que as normas fornecem vários tipos de razões: teóricas e práticas, *v.g.* razões práticas revelam razões para agir que, por sua vez, apreende-se como manifestações de desejos (razões operativas) e crenças (razões auxiliar), revelando uma razão completa. Eventualmente conflitos entre razões para agir (razões de primeira ordem), são resolvidas por razões de segunda ordem excludentes. A premissa, neste caso, é de que estas razões se manifestam por regras que determinam previamente as condutas e as exceções. David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 47-48, ressalta ser redutor dizer que a norma jurídica são razões para ação, dado que muitas delas nem sequer se dirigem ao homem.

⁷⁶ Os autores, tal qual fez Alexy, partem, notadamente, do desenvolvimento proposto por Dworkin para tratar das categorias normativas. Não por acaso dão ênfase à distinção entre princípios em sentido estrito e diretivas (diretrizes ou normas programáticas) – que, em alguma medida, adotam a perspectiva de compreender princípios como gênero. Nesse sentido: Atienza, *O sentido...* p. 93 e ATIENZA; MANERO, *Sobre principios...*, p. 105.

gradual (diretrizes); razão utilitária (diretrizes) ou razão de correção (princípios)⁷⁷; pretende-se, com esta abordagem, que a distinção entre normas não decorra apenas de sua estrutura, mas também das funções desempenhadas por cada uma delas no raciocínio de seus destinatários e a “*forma como interferem nos interesses e nas relações de poder*”⁷⁸.

Com efeito, tratar-se as regras como razões para ação peremptória⁷⁹ implica dizer que se compreende a existência de um comando de aplicação obrigatória; princípios em sentido estrito, diferentemente das regras, apresentam indeterminação das condições para sua aplicação, de modo que não se pode deles depreender razões peremptórias para ação. Quanto às diretrizes, argumenta-se que compreendem razões para ação utilitária (instrumental ou estratégica), isto é, relativa à um determinado fim⁸⁰.

Neste sentido, Atienza e Manero cuidam de analisar o comportamento destas espécies nas hipóteses de conflitos normativos e o papel da ponderação; reputam que em conflito normativo entre princípios, a ponderação tem o propósito de apontar para a prevalência de um deles a partir do conjunto de propriedades atribuídas genericamente a cada um; na colisão entre diretrizes, de outro modo, a ponderação prende-se à identificação dos meios mais eficazes para alcançar a finalidade determinada pela norma e, com a menor lesividade possível às finalidades conflitantes⁸¹. Traduz-se, enfim, na abordagem da distinção entre as espécies centrada na hipótese de conflito normativo entre princípios e regras, isto é, quando se

⁷⁷ Razões de correção operam como “razões últimas ou final” após deliberadas com outras normas. Nestes casos, portanto, diz-se que deverão ser ponderados com outros princípios. Assim: Atienza; Manero, *Sobre principio...*, p. 113 e Atienza, *O sentido...*, p. 97. André Rufino, *A estrutura...*, pp. 94-95, a propósito do desenvolvimento de Atienza, observa que os princípios são razões de primeira ordem, isto é, determinam que a ação nele contida seja realizada; mas, não fornece razões de segunda ordem, de modo que ao órgão jurisdicional abre-se o espaço para deliberar, por juízo próprio, acerca de sua aplicação ou não, invocando, na maioria das vezes, um juízo de ponderação com a razão fornecida por outros princípios.

⁷⁸ Atienza, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁹ Atienza; Manero, *op. cit.*, pp. 111-113; A propósito, André Rufino, *op. cit.*, pp. 93-94, observa que quando a norma fornece uma razão para a ação peremptória significa que ela constitui: a) uma razão de primeira ordem para realizar a ação por ela exigida e, b) uma razão de segunda ordem para excluir ou suprimir qualquer deliberação independente e autônoma por parte de seu destinatário sobre os argumentos a favor ou contra a realização da ação. A respeito, Atienza, *op. cit.*, p. 97, indica que regras fornecem razões para ação excludentes, diferentemente dos princípios.

⁸⁰ A aplicação, entretanto, sujeita-se a um processo de ponderação que considere os interesses ou finalidades contempladas por outras diretrizes a fim de identificar a solução que seja mais eficaz para atender às finalidades descritas nas diretrizes, sem comprometer de forma desnecessária os fins constantes de outras normas. Assim: Atienza; Manero, *op. cit.*, p. 113.

⁸¹ Atienza, *op. cit.*, p. 96.

verifica contradição entre juízos concretos do dever-ser⁸².

Nesta toada, quando o conflito normativo ocorre entre normas estruturadas como regras, a resolução passa ou pelo reconhecimento de cláusula de exceção ou, não havendo, pela invalidação de uma delas, excluindo-a do ordenamento jurídico, e confirmando, assim, a ideia de que as regras operam no plano da validade e tem aplicação disjuntiva⁸³.

Diferentemente ocorre quando o que está em causa é a colisão entre normas com estrutura de princípios. Neste caso, o que sucede é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, verificada a partir das circunstâncias do caso concreto; ou seja, na avaliação do caso concreto se confere um “peso” aos princípios cotejados e aquele de maior peso terá precedência aplicativa, sem que isso conduza à invalidação do princípio preterido; o que ocorre, efetivamente, é que aquele de menor “peso” tem restringida suas possibilidades jurídicas de realização⁸⁴.

Isto dito, do que foi descrito acerca das distintas perspectivas quanto à compreensão dos traços que identificam tal ou qual espécie, pode-se sumariar das distintas percepções, por um lado, que as regras prefiguram seu suporte fático e as consequências jurídicas de forma fechada ou determinada, com pretensão de definitividade regulativa, preordenando o âmbito do fático e juridicamente possível *ex ante* e, com isto, extraindo-se direitos definitivos dos enunciados, cuja aplicação opera em sentido lógico, por meio da subsunção, resolvendo-se eventuais conflitos, posto que reconduzíveis ao plano da validade, com a invalidação de uma das regras, salvo

⁸² Borowski, *La restricción...*, p. 35; Alexy, *Teoria dos direitos...*p. 92.

⁸³ Alexy, *op. cit.*, p. 93. Contrariamente a esta projeção, Hart, *O conceito de direito...*, pp. 323-325, argumentando que não há razões para que não se reconheça que uma regra superada não possa “sobreviver” para determinar o resultado em outros casos.

⁸⁴ Alexy, *op. cit.*, p. 99, esclarece o que chama de Lei da colisão: trata-se do enunciado de preferência que descreve uma relação condicionada de precedência decorre uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente. As condições de precedência (condições sob as quais um princípio tem precedência sobre outro) constituem suporte fático da regra. Segundo Alexy (*Ibidem*, pp. 116-118), a natureza de princípio convoca a máxima da proporcionalidade para balizar a aplicação, sobretudo nas hipóteses de conflitos. A máxima desdobra-se na proporcionalidade em sentido estrito, que traduz a exigência de sopesamento dos princípios colidentes diante da potencial relativização das possibilidades jurídicas; da adequação e da necessidade, que estão relacionadas aos condicionamentos fáticos para aplicação de um determinado princípio. Humberto Ávila, *A distinção...*, p. 9, sintetiza que, “*enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (“problema do dentro ou fora”), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (“teorema da colisão”)*”.

se a hipótese estiver previamente excepcionada⁸⁵.

Aos princípios, por outro lado, são imputados o caráter indeterminado, as condições abertas para sua aplicação. Há indicação de que fornecem razões para normas *prima facie*, funcionando como mandatos de otimização, cuja ordenação é estabelecida na maior medida possível, observadas as limitações fáticas e jurídicas, submetendo-se à ponderação, em hipótese de conflito, cujo resultado indica a norma prevalecente como aquela de maior peso, apurado no caso concreto.

Vê-se, assim, que, sinteticamente, podem-se arrolar dois critérios comumente utilizados para estabelecer e justificar a distinção entre regras e princípios, conforme relacionam-se i) com o grau de indeterminação normativa⁸⁶ ou ii) com a diferença qualitativa das formas de aplicação.

No que pertine às diferenças ditas qualitativas, são formas de pretender descortinar propriedades exclusivas das normas, baseando-se, sobretudo, no modo como a norma é aplicada, como se projeta no ordenamento, como são solucionados conflitos normativos e qual o caráter da regulação dada⁸⁷.

Com estes parâmetros, dir-se-á que princípios e regras: i) aplicam-se de forma distinta na medida em que as regras predeterminam as condições aplicativas sendo aplicáveis imediatamente, ao passo que princípios dependem de complemento normativo para que o sentido prescrito no enunciado seja apto à produção plena de efeitos; ii) projetam-se diferentemente no ordenamento, isto é, princípios são normas

⁸⁵ Com efeito, características atribuídas às regras, notadamente quanto à definitividade da regulação, projetam a existência de uma espécie normativa capaz de identificar, a partida e de forma exaustiva, todas as possibilidades fáticas e jurídicas bem como especificar as exceções a serem comportadas. É dizer, demonstra-se, com esta concepção, uma “excessiva confiança na finitude lógica do sistema de regras”. Assim: André Rufino, *A estrutura...*, p. 112.

⁸⁶ Ressalta André Rufino, *op. cit.*, p. 100, a precisão ou imprecisão normativa não deve ser designada como características exclusivas dos princípios, posto que enunciados linguísticos são, quase que inatamente, sujeitos a algum nível de indeterminação. O fato de, comumente, regras estarem positivados com alto nível de determinação elevado e, princípios com alto nível de indeterminação não torna estas características exclusivas de quaisquer destas espécies. David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 99-100, questiona o parâmetro para o estabelecimento da distinção, destacando a insuficiência de conteúdo operativo e alcance, não sendo possível definir as consequências advenientes do critério. Com efeito, ressalta que a indeterminação não deve ser confundida com maior generalidade (isto é, indeterminabilidade de destinatários), nem com maior abstração, posto que esta compreende uma característica próprio do sentido deontico, tratando-se da aptidão para aplicação em distintas e reiteradas ocasiões. Limitando-se o critério quanto ao grau de determinação à afirmação de maior ou menor densidade normativa.

⁸⁷ Tais perspectivas, desenvolvidas ao longo desta seção são, todavia, assim relacionadas em David Duarte, *op. cit.*, pp. 101-103. Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 87-88, destaca critério da generalidade; determinabilidade dos casos de aplicação; formas de surgimento; caráter explícito do conteúdo axiológico; e da importância para a ordem jurídica.

orientadas para a otimização da regulação, tendendo à ampliação do domínio normativo, na maior medida do possível, ao passo que regras aplicam-se ou não, na exata medida que consta do conteúdo delimitado pelo enunciado; iii) tendem à resolução de confrontos normativos de forma diversa, recorrendo à ponderação, quando princípios estejam em conflito, a fim de apurar aquele que será prelevante no caso concreto e as regras tendem à invalidação de uma delas, ressalvando a instituição de cláusula de prevalência; iv) regulam de forma *prima facie* e de forma definitiva, respectivamente, consagrando, pois, direito *prima facie* e direito definitivo.

A reboque da distinção, já largamente conhecida, com efeito, deve-se reiterar que é objeto de análise crítica a concepção de diferenças estruturais fortes entre as regras e os princípios⁸⁸, sustentando-se que as representações utilizadas para forjar os argumentos da distinção por vezes se referem a características de exclusividade duvidáveis, por não se compreender capaz de singularizar quaisquer das espécies pela simples revelação de uma das características elencadas.

Alguma doutrina concebe, portanto, a validade de empregar uma distinção dúctil entre princípios e regras⁸⁹. Trata-se de uma perspectiva que, ao admitir a

⁸⁸ Ferrajoli, *Constitucionalismo principialista...*, pp. 35-38, critica a distinção, ao argumento de que está associada a uma dimensão empírica e explicativa que vai muito além do seu fundamento teórico. Ademais, alega que são “incertas e heterogêneas”, tanto a noção de princípio, quanto o significado e a consistência conceitual da distinção. Ressalta que a “distinção forte” e de tipo exclusivo e exaustivo, porque funda-se em diferenças ontológicas, estruturais ou qualitativas. Por outro lado, há quem compreenda a “distinção fraca”, de tipo quantitativo ou de grau, em que as distinções são reveladas nos casos concretos. Seja como for, argumenta, o problema da distinção não reside na configuração dos princípios e da ponderação, propriamente, mas do modelo rígido de regras adotado pelas primeiras teorias principialista. Ávila, *A distinção...*, pp. 13-15, questiona a premissa segundo a qual princípios possuem hipótese de incidência aberta ou não possuem consequência normativa: por um lado, afirma que a consequência normativa compreende a própria razão ou tarefa a que se refere o princípio; por outro, a abertura da hipótese de incidência decorre, essencialmente, de um problema de interpretação, na medida em que se admite que uma mesma disposição pode ser interpretada como regra ou como princípio; afinal, observa que “há regras mais ou menos vagas ou ambíguas, em função das quais a consequência jurídica não pode ser imediatamente implementada”, por exemplo, nas hipóteses em que há conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, André Rufino, *A estrutura...*, p. 131, observa que, embora se possa afirmar que os princípios são mais gerais que as regras, nada obsta que as regras venham a ter certo grau de generalidade. Da mesma forma, os princípios são mais vagos que as regras, mas as regras igualmente podem ser vagas. Assim é que, para Reis Novais, *As Restrições...*, pp. 350-351, quaisquer critérios projetados para pautar uma distinção qualitativa forte tem operatividade restrita aos casos fáceis, esmaecendo nas hipóteses classificadas como difíceis para compreensão da natureza de uma determinada disposição constitucional, de modo que os critérios servirão quanto muito como elementos débil ou ductéis, para representar uma distinção eminentemente de grau. Desta suma crítica, tem-se Comanducci, *Princípios jurídicos...*, p. 90, que defende, a propósito, a utilidade heurística de uma distinção dúctil entre regras e princípios, abandonando-se a perspectiva de uma distinção forte ou rígida.

⁸⁹ Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 40-41, ressalta que a diferença entre regras e princípios não é estrutural, mas “quase de estilo”. Nesse sentido, a violação a um princípio “sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”. André Rufino, *op. cit.*, p. 132. a distinção dúctil tem maior clareza com o enfoque

dualidade das normas, refuta a colocação de critérios que sustentem uma distinção rígida entre regras e princípios.

Ao fim e ao cabo, se ancora no argumento de que a definição da forma de aplicação de uma norma – se como regra ou como princípio – é tarefa interpretativa, influenciada pelas técnicas de argumentação para solucionar o caso concreto⁹⁰.

Isto é, sinteticamente, a partir da compreensão que a regras e princípios não possuem características exclusivas – embora se reconheça que há elementos que preponderam numa e noutra espécie⁹¹ –, sustenta-se que as normas de direitos fundamentais possuem uma estrutura flexível e complexa, conformando-se funcionalmente como regra (fornecendo razões definitivas) ou como princípios (fornecendo razões *prima facie*) independentemente da apresentarem estrutura aberta ou fechada; isto, afinal, depende do contexto interpretativo e das condições fáticas e jurídicas para aplicação⁹².

Em que pese as diferentes abordagens, verifica-se que são descritos uma miríade de critérios – e logo sobrepõe-se teorias para refutação ou aperfeiçoamento – para traçar distinções relativas entre regras e princípios, descurando-se, muitas vezes, do fato que regras e princípios são espécies normativas e, portanto, a pertinência destas abordagens necessita ser conferida com um ponto de partida indispensável, qual seja, a compreensão do direito como conjunto de normas, o que exige apoiar-se na verificação da sua componente unitária, a norma jurídica⁹³.

Mesmo as abordagens correlacionadas no plano dogmático, que recorrem a verificação de atributos qualitativos das normas, alegadamente destacáveis a partir da verificação estrutural, para afirmar a razão de ser da distinção entre regra e

funcional. Com efeito, as diferenças entre regras e princípios aparecem com maior intensidade no momento da interpretação/aplicação das normas.

⁹⁰ Comanducci, *Princípios jurídicos...*, p. 91, coloca a questão sob o seguinte prisma: quando se fala de regra e princípio se está tratando de enunciados não interpretados ou já interpretados? Para o autor, a definição de regras e princípios está inserida no interior do processo interpretativo, que formula em quatro etapas, a saber: i) identificação linguística do enunciado; ii) identificação do enunciado como norma, diante do caráter prescritivo; iii) configuração da norma, isto é, identificação da norma como regra ou princípio; iv) atribuição de sentido à norma. Deste modo, a definição quanto a uma norma ser regra ou princípio será sempre dependente do resultado da interpretação.

⁹¹ Comanducci, *op. cit.*, p. 95.

⁹² André Rufino, *A estrutura...*, pp. 145-147.

⁹³ Enquanto tal, repise-se, localizam-se no plano deontológico, prescrevem o dever-ser e são identificáveis por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 87.

princípio⁹⁴, deixam de investir, de fato, na decomposição da estrutura das normas de direitos fundamentais.

Assim, não raro, as categorizações enfeixadas, sobretudo a partir de Dworkin, atribuindo à distinção aspectos qualitativos, originados da observação do comportamento funcional e da própria estrutura em que se desenvolvem tal e qual tipo de normas, não cumprem, com a densidade necessária, a tarefa de decompor analiticamente a estrutura da norma a fim de estabelecer pontos firmes para subsidiar a distinção⁹⁵.

1.2.1.2. Perspectivas da distinção quanto à estruturação normativa

A distintas perspectivas anunciadas, com efeito, podem (e devem) ser testadas no momento em que se adentra na abordagem estrutural, nomeadamente porque torna-se necessária a verificação dos elementos componentes da norma jurídica, é dizer, faz-se imprescindível identificar os elementos normativos e verificar a forma como comportam-se e integram-se, consistindo tal empreendimento condição para compreender os aspectos que subsidiam a proposta baseadas na distinção de normas jusfundamentais.

Com efeito, Atienza e Manero afirmam que pautam a compreensão da distinção pelo enfoque estrutural⁹⁶, escorando-se na identificação de correlações entre casos genéricos (conjunto de propriedades) e soluções (qualificação normativa de determinada conduta, isto é, se é proibida, permitida ou obrigatória).

Com esta abordagem, aduzem tratar-se de regras quando for possível identificar o carácter correlacional entre a descrição do caso e solução normativa; princípios, nomeadamente em sentido estrito, mantém o carácter correlacional estando a descrição dos casos configurados de forma aberta⁹⁷. Significa dizer, nas regras o conjunto de propriedades (descrição) que conforma o caso é determinado, ao passo

⁹⁴ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 90, observa, ainda, que uma das diferenças entre regras e princípios comumente apontadas refere-se à forma de aplicação, ou seja, regras aplicam-se de forma subsuntiva e princípios pela ponderação.

⁹⁵ Com esta conclusão, também, David Duarte, *An experimental essay...*, p. 131.

⁹⁶ Atienza; Manero, *Sobre principio...*, p. 107.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 108.

que nos princípios em sentido estrito, o conjunto de propriedades que descreve o caso é aberto, indeterminado, geral⁹⁸.

Dir-se-á, então, que os princípios em sentido estrito, sob o enfoque dito estrutural, estão configurados de forma indeterminada quanto às condições para aplicação (descrição do fato) e de forma determinada quanto à solução normativa, isto é, quanto ao modelo de conduta prescrito (se permitida, obrigada ou proibida); é, pois, quanto às condições para aplicação da norma que reside a distinção entre regras e princípios e, uma vez satisfeitas as condições para aplicação, princípios são atendidos de forma plena⁹⁹.

As diretrizes (ou enunciados programáticos), que consistem num padrão normativo especializado no âmbito do que descrevem como gênero de princípio, por seu lado, são abertas tanto na previsão das condições para aplicação, quanto na descrição da conduta a ser realizada, de modo que não proíbem, não permitem ou ordenam ação alguma, mas apenas preveem objetivos a serem realizados, na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas; depreende-se, portanto, que o seu cumprimento ocorre respeitando a ideia de gradualidade da realização¹⁰⁰.

Ainda que não se perfilhe a tripartição proposta, a construção do sentido distintivo sustentada na correlação lógica entre termos estruturais da norma auxilia a submeter a maior refinamento a distinção, especialmente no que tange ao reconhecimento autônomo dos elementos que compõe a norma.

Nesse sentido, três são os elementos identificáveis na análise da estrutura das normas jurídicas, é dizer: i) a previsão, como elemento em que consta as condições a serem verificadas para efetivação do sentido do dever-ser; ii) o operador deôntico, que identifica a modalidade do dever-ser a partir dos modais de permissão, proibição e obrigação; e a estatuição, identificando o campo de incidência do sentido de dever-

⁹⁸ Nesse sentido, Atienza; Manero, *Sobre principio...*, p. 103. Em Atienza, *O sentido...*, p. 97, se observa que nas regras, as condições de aplicação são fechadas; o “deve” pode ser concludente.

⁹⁹ Atienza, *op. cit.*, p. 97; André Rufino, *A estrutura...*, p. 91. SANCHÍS, Luis Prieto. Dúplica a los profesores Maniel Atienza y Ruiz Manero. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º. 13, 1993, p. 320, diverge desta concepção trazida por Atienza e Manero, segunda a qual uma vez preenchida as condições de aplicação, atende-se de forma plena, afirmando, em todo caso, que princípios em sentido estrito, tanto quanto as diretrizes, submetem-se ao cumprimento gradual, posto que eventual colisão normativa, inexoravelmente, imporá a cedência de uma face ao outro; não se aplicam, portanto, apenas quando satisfeitas de forma plena as condições de aplicação.

¹⁰⁰ Atienza; Manero, *op. cit.*, pp. 108-110; André Rufino, *op. cit.*, pp. 91-92.

ser, isto é, o contexto da realidade em que serão produzidos os efeitos jurídicos¹⁰¹.

Deve-se ter por certo, outrossim, que tais elementos se apresentam de forma estruturada, organizando-se em sentido lógico, com a definição de elementos antecedentes (previsão)¹⁰² e consequentes (estatuição), mediados pelo operador deôntico¹⁰³.

Cumprе perceber que a estatuição, enquanto elemento consequente da estrutura do enunciado normativo, corresponde àquilo que deve suceder, uma vez preenchidas as condições aplicativas da previsão e, assim tal como esta, exerce uma função redutora, limitando o campo de incidência dos pressupostos da previsão, isto é, o contexto da realidade que comandará a produção dos efeitos jurídicos¹⁰⁴.

A interconexão entre os elementos previsão e estatuição, mediados pelo operador deôntico, organizados em um determinado sentido, por decorrência do caráter condicional, impõe a necessária correlação entre os elementos antecedente e consequente, de modo que os efeitos jurídicos decorrentes da estatuição apenas acontecem no sentido orientado pelo operador deôntico quando estiverem satisfeitas as condições contidas na previsão, respeitando a delimitação redutora encetada por cada qual dos elementos extremos.

Com efeito, como registrado, a previsão corresponde ao elemento antecedente, que limita a abrangência das possibilidades de efeitos da norma, a partir da necessidade de satisfação de seus pressupostos¹⁰⁵, isto é, condiciona o sentido do dever-ser e, nesta medida, desempenha a referida função redutora – posto que delimita as condições a serem observadas para produção de efeitos jurídicos¹⁰⁶.

Relevante, entretanto, é que, precisamente quanto aos pressupostos da

¹⁰¹ David Duarte, *A norma de legalidade...*, *passim*, pp. 46-55.

¹⁰² David Duarte, *An experimental essay...*, pp. 131-137.

¹⁰³ David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 50, neste sentido, indica que é a característica da condicionalidade que permite constatar a existência de ordenação na relação interna entre os elementos da estrutura normativa, de modo tal que a posição que assumem na composição estrutural não é aleatória, impondo, de forma inevitável, a produção dos efeitos previstos por decorrência do preenchimento dos pressupostos da previsão.

¹⁰⁴ Efeitos jurídicos compõe a estatuição, é unidade que está contida, e, portanto, com ela não se confunde. Esta compreende o campo de incidência da norma; aquela a determinação do que deve ocorrer no âmbito material, isto é, a consequência específica. Nesse sentido, David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 55.

¹⁰⁵ Tal como presume-se, a previsão não constitui um elemento indiviso, compondo-se de unidades autônomas identificadas como pressupostos.

¹⁰⁶ Acerca das funções normativas da previsão, cfr. David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 51.

previsão que se atribui o aspecto distintivo das normas-princípio¹⁰⁷, na medida em que esta tipologia estaria a revelar a particular existência de um pressuposto implícito “em todas as situações de qualquer gênero”, que expande as possibilidades de aplicação do conteúdo da estatuição e singulariza este tipo de norma.

Evidencia-se, sob este enfoque, que a distinção entre regras e princípios estaria relacionada, de forma intrínseca, com a morfologia normativa, especialmente na maneira como estão configurados seus elementos e, nomeadamente, por decorrência da existência deste específico pressuposto implícito na previsão, sendo certo que a observação dogmática quanto à distinção deve reconduzir-se, ao fim e ao cabo, às consequências decorrentes de como está disposta a previsão.

Assim, para a identificação de norma-princípio, se faz exigível depreender da previsão este pressuposto implícito, que se assume, em boa medida, como fundamento, por um lado, da aptidão para otimização inerente a esta espécie de normas e, por outro, da tendência à expansão regulativa e, conseqüentemente, à geração de conflitos normativos¹⁰⁸.

Isto porque a possibilidade de se aplicarem a todas situações de quaisquer gêneros, até o limite imposto por normas de “sinal contrário”, reforça o caráter expansivo tipicamente atribuído à noção de princípios como mandatos de otimização – que regulam *prima facie*¹⁰⁹ – e que, por consequência, impõe a ocorrência de

¹⁰⁷ David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 107-109; 653, propõe que a distinção entre princípios e regras seja percebida com base na existência de pressuposto implícito, reconhecível na estruturação das unidades normativas de princípio do tipo “em todas as situações de qualquer gênero” quando carecida de determinabilidade quanto à conduta humana na previsão, isto é, quanto aos gêneros de ação constantes da previsão, de modo que se há vários e indeterminados gêneros de ação compreende-se a existência do dito pressuposto. Ademais, defende o autor (*Idem, An experimental essay...*, p. 131), que o elemento antecedente detém a possibilidade de explicar a diferença estrutural entre normas que são regra das normas que são princípio.

¹⁰⁸ Cabe, neste ponto, o esclarecimento quanto ao fato de que a expansibilidade dos princípios não está colocada como decorrência da estatuição ou da aptidão para ampliação dos efeitos jurídicos da norma; ao contrário, fundamenta-se na existência deste pressuposto que estipula a possibilidade de a norma vir a ser aplicável a todas as situações de qualquer gênero, de modo que assim compreendido, a otimização das normas de princípios decorre da morfologia normativa e pouco diz respeito à delimitação do domínio normativo ou a delimitação semântica do enunciado. Nesse sentido, David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 113-116.

¹⁰⁹ David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 118-119, contudo, sustenta que esta configuração limita a ideia de que princípios regulam *prima facie* na medida em que se compreende que a regulação *prima facie* (tomando-se aqui a correlação de tratar-se de normas sobre as quais há impossibilidade de se determinar desde logo a solução do caso) se caracteriza não pela potencialidade conflituosa da norma, mas pela necessidade da ponderação como forma de determinação do efeito aplicável – e, a rigor, regras estão sujeitas também ao conflito, eventualmente resolúveis por cláusulas de exceção ou de prevalência; o que não se oferece é a possibilidade de solucioná-los pela ponderação. Nesse sentido, portanto, conclui (*Idem, An experimental essay...*, p. 132) que distinções baseadas no caráter *prima facie* não singularizam as tipologias normativas dado que tanto

sobreposições de regulação de normas sob um mesmo objeto.

Assim, é de se ressaltar que, sob este viés, a abordagem estrutural tem relação com a compreensão da morfologia dos elementos normativos e com a forma como os enunciados são ordenados, de modo que, se a descrição da conduta contida na previsão oferecer a possibilidade de se identificar a existência do pressuposto implícito, concluir-se-á tratar de ação indeterminada, aberta à concretização, e, logo, a norma estruturalmente se provará princípio.

1.2.1.3. Adoção de uma concepção

Desde logo, deve-se assentar a recusa um modelo exclusivamente principialista de direito fundamentais posto que, se assim fosse, colocar-se-iam sempre sujeitos à ponderação, em outras palavras, a natureza definitiva ou peremptória dos comandos decorrentes da norma estariam permanentemente negados¹¹⁰, enfatizando a formação da norma a partir da ponderação e esvaziando excessivamente a construção legislativa e o papel do legislador democrático da implementação de direitos fundamentais. Por esta razão, se alinha uma proposta compatível ao reconhecimento de um modelo misto ou combinado de direitos fundamentais norma normas que são regras e que são princípios.

Entretanto, quanto se está a perfilhar a ideia de um modelo combinado de princípios e regras deve-se, por consequência, apontar para o que se compreende como regra e o que se entende por princípio. Nesse sentido, investindo-se em perspectivas particularmente decorrentes de uma construção levada a termo por Dworkin – orientada sobretudo pela verificação do comportamento funcional da norma e sua forma de aplicação – se estabeleceu aspectos que reconduzem à uma proposta de distinção amplamente reverberada.

Nada obstante, compreendendo-se a pertinência em encetar uma verificação efetivamente estrutural das normas, particularmente atenta à morfologia das tipologias em causa, buscou-se investir na identificação de elementos estruturais que se possa

regras quanto princípios são sujeitos à derrotabilidade, e, assim, com isto, também afirma que ambos os tipos podem aplicar-se pela ponderação. Também assim, André Rufino, *A estrutura...*, pp. 133-137.

¹¹⁰ A propósito, Ferrajoli, *Constitucionalismo principialista...*, p. 44.

conceber com efetivamente distintivos entre normas que são regra e normas que são princípios, e, a partir destes eventuais pontos singulares, traçar consequências práticas para a forma como tais normas funcionam e se comportam – e, obviamente, testar tais consequências com àquelas alinhadas nas propostas teóricas tradicionais, aludidas anteriormente.

Assim, a verificação de que a diferença reside, particularmente, no elemento da estrutura normativa – é, pois, uma diferença morfológica – isto é, na existência de pressuposto implícito que determina a realização para todas as situações de qualquer gênero¹¹¹. Tal circunstância admite a correspondência, por um lado, com a aptidão para otimização e, por outro, com a tendência à expansão regulativa e, conseqüentemente, à geração de conflitos normativos¹¹².

Ressalta-se, em suma, que conceber diferenças entre regras e princípios é relevante, nomeadamente no que tange à articulação de métodos e técnicas de interpretação decorrentes da identificação tipológica das normas; as bases desta distinção, contudo, não residem em características qualitativas específicas, mas em estruturas morfológicas típicas de cada qual. Com efeito, a atribuições dos caracteres desenvolvidos à partir do reconhecimento da distinção, tal qual propugna-se, ainda quando não sejam plenamente singulares, mantem-se com relevância heurística, porquanto repetem-se, com maior frequência, num ou noutro tipo¹¹³.

¹¹¹ David Duarte, *An experimental essay...*, pp. 134-136, demonstra que o elemento antecedente (a previsão e seus pressupostos), conduz à impossibilidade de determinação de comportamento humano e o estado das coisas previstos na norma, sendo isto associável à gradualidade e à expansibilidade das normas que são princípio. Ressalte-se que a indeterminação preconizada não está relacionada, necessariamente, à característica semântica dos enunciados, mas sim à identificação de ações humanas.

¹¹² Demais aspectos comumente relacionados à distinção, consoante expõe Mariana Melo Egidio, *Análise da estrutura...*, pp. 619-621, embora se possam reconhecer a tendência a refletir-se em maior medida em uma espécie do que na outra, tal como projeta-se nas formulações teóricas, não representam, efetivamente, características singulares, aptas a subsidiar a “aparente estanquicidade entre normas-regras e normas-princípios”. André Rufino, *A estrutura...*, p. 131, nesse sentido, destaca que o enfoque estrutural apenas se faz necessário diante da constatação de que algumas características presentes na morfologia das normas podem ser determinantes da função que estas cumprem no sistema jurídico e na argumentação jurídica.

¹¹³ Estes casos é o que André Rufino, *op. cit.*, p. 130, refere por distinção dúctil entre regras e princípios.

2. A DEFINIÇÃO DE LIMITES À CRIAÇÃO DE CONTEÚDOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE PRESTAÇÃO POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sabidamente a tarefa de determinar os conteúdos juridicamente vinculantes dos direitos fundamentais é demasiado complexa, sobretudo quando estão em causa direitos sociais, que trazem consigo elevada carga material e demarcam exigências de implementação de políticas públicas, voltadas, não raramente, à realização de justiça social e à garantia da liberdade e igualdade material, projetando-se a exigência de implementação em nível ótimo destes direitos.

Nada obstante, é preciso compreender que todas estas exigências consectárias do Estado constitucional, não devem se credenciar a gerar atribuição de sentidos e criação de direitos e deveres sem que se tenha adequada aplicação metodológica quanto à forma de identificação do conteúdo jurídico, reconhecendo-se, outrossim, a existência de limites para tal ação.

Isto porque se reconhece na prática judicial a invocação de argumentos pouco sustentáveis no plano científico, mediante a qual se confere sentidos e se atribui deveres de modo pouco reflexivo¹¹⁴, desprestigiando a normatividade dos enunciados, ainda que se adote tais comportamentos sob o pretexto de aplicar e garantir a realização dos direitos fundamentais.

É certo, como dito alhures, que a norma jurídica resulta de um processo interpretativo dos enunciados normativos, ou, em última instância, depreende-se, implicitamente, do conjunto normativo; contudo, é preciso estabelecer quais são os parâmetros e limites de possibilidades da interpretação jurídica como instrumento de conformação de normas, de modo que se mostre compatível com a necessária deferência aos limites estruturais e ao exercício harmônico das competências atribuídas a cada um dos Poderes do Estado.

¹¹⁴ Aqui deve-se referir à recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, que, a pretexto de tutelar a dignidade humana da população carcerária, extraiu deste elevado referente Constitucional uma espécie de “direito fundamental ao banho quente”. Acessível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-27/stj-obriga-prisoas-sp-oferecer-banho-quente-presos>.

2.1. O SENTIDO DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desnecessário pontuar que distintas são as propostas de interpretação que grassam no âmbito da teoria do direito, adotando perspectiva ora mais restrita, no que tange à compreensão do sistema normativo constitucional, ora mais amplificada, trazendo para a atividade interpretativa a influência de elementos de cariz marcadamente substantivo.

Igualmente identifica-se sentidos interpretativos estritamente metodológicos que se reconduzem à apreensão de significados a partir dos símbolos linguísticos positivados, recorrendo a critérios objetivos, aplicados a um procedimento que se pretende controlável e racional, por meio do qual se obtém o significado de preceito normativo tal como positivado.

Outras abordagens, partindo de distintos pressupostos, recorrem aos valores positivados no estatuto político (teorético-política), demandam reconhecimento de espaço de conformação alargado para execução da finalidade concretizadora da atividade interpretativa (teorético-jurídica), estruturando operadores de concretização válidos e universalizáveis (metódica).

Seja como for, deve-se acentuar a premissa de que a atividade de interpretação, particularmente das normas jusfundamentais, não deve pretender atribuir significados aleatórios às disposições jusfundamentais, sem que se processe a investigação do conteúdo semântico externado pelo legislador constitucional, tomando em consideração o contexto e as condições de uso da linguagem apuradas historicamente, em detrimento de abordagens volitivas (dimensão teorético-linguística). Deve cumprir, assim, a pretensão de desenvolver o programa constitucional sem avançar para além dos limites cometidos à tarefa interpretativa (dimensão teorético-constitucional)¹¹⁵.

Neste plano, é salutar projetar-se, de um lado, o método jurídico, amparando a visão da constituição como uma lei, cujo sentido se depreende pela aplicação dos tradicionais cânones de interpretação (literal, sistemático, histórico, teleológico e

¹¹⁵ A propósito destas distintas abordagens, pra elencadas, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1206-1210.

genético), tendo o texto como o referencial de partida e, também, como limite para apreensão de conteúdo; e de outro lado, o método normativo-estruturante, orientado para a concretização das normas, a partir do reconhecimento da premissa de separação entre textos e normas, apresentando-se o texto apenas como ponto de partida para descoberta do sentido da norma¹¹⁶, isto é, apresentando-se como primeiro elemento de concretização, a partir do qual inicia-se o processo de concretização, com a atribuição de significados aos enunciados linguísticos, complementado por dados empíricos recortados da realidade¹¹⁷.

À guisa deste cenário descortinado, é preciso enfatizar que a forma pela qual a interpretação se desenvolve exige a apreensão de métodos próprios, compatíveis com o sentido que se atribui à interpretação e com a compreensão que se tem da Constituição e suas normas. Sob este aspecto, o sentido concretizador da interpretação deve orientar-se para formação de uma norma de decisão, apta, quanto a sua normatividade, e adequada, quanto ao seu conteúdo, para a resolução de circunstâncias decorrentes de conflitos concretos¹¹⁸.

A orientação por este caminho não dispensa a articulação de princípios norteadores da interpretação, que balizam a persecução do sentido identificado, cumprindo a função metódica de permitir a consecução do objetivo da atividade interpretativa, funcionando, também, como parâmetros auxiliares à ponderação na resolução de conflitos normativos.

Nesta medida, deve-se pretender, tanto quanto possível, harmonizar tensões entre normas (unidade da constituição), privilegiar perspectivas que favoreçam a integração político-social (efeito integrador) e garantam a maior eficácia das normas (máxima efetividade), restringindo-se, por outro lado, soluções que se apresentem tendentes à desorganizar o esquema organizatório-funcional de poderes e instituições

¹¹⁶ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1210-1213.

¹¹⁷ A ideia descrita é de que há dois momentos de concretização, um ligado à interpretação do texto normativo e outro relativo à verificação de dados empíricos reais subjacentes à norma, compreendendo, respectivamente, o programa e o âmbito normativo, elementos que, correlacionados consagram uma normatividade dinâmica, e não estática, prendida apenas à mediação do conteúdo do texto. Neste sentido, cfr. *Ibidem*, p. 1216-1217.

¹¹⁸ É, com efeito, o sentido apontado por NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 83-84, quando qualifica que a interpretação não compreende um problema estritamente hermenêutico, mas essencialmente normativo, em que não se está em causa apenas a determinação de significação de normas jurídicas, mas de obter destas leis critérios práticos normativos adequados de decisão dos casos concretos. Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 1221-1222, assenta, com efeito, que a norma jurídica adquire normatividade, atual e imediata, quando se projeta como norma de decisão, apta à regulação concreta e vinculativa do caso carecido de solução normativa.

(conformidade funcional) e ao esvaziamento completo dos domínios normativos, com sacrifício desarrazoado de normas constitucionais (concordância prática)¹¹⁹.

Deve-se, assim, buscar a interpretação que produza resultado conforme a Constituição, expressando exigências de não contrariedade ao texto e ao programa normativo e restrição de soluções que conduzam à confrontos com a ordem legal.

Por esta premissa, soluções interpretativas necessitam manter hígida a força normativa da Constituição, isto é, devem contemplar perspectivas que garantam grau de eficácia às normas e que estejam consentâneas com sua necessária capacidade de adaptação às mudanças político-sociais encetadas no âmbito da comunidade por suas normas conformadas.

Neste aspecto, portanto, pretender anunciar um determinado sentido da interpretação é, antes de mais, identificar os critérios adotados para extrair sentido jurídico das normas, compreender seu alcance e os limites de possibilidade deste empreendimento.

Nesta medida, necessário ter em evidência porque não é adequado afirmar que a atividade interpretativa ou está circunscrita à captação de sentidos traduzido pela análise de significados linguísticos contidos no texto – isto é, a captação do sentido circunscrita à aferição da textura semântica dos enunciados – ou à apreensão de *voluntas legis* ou *legislatoris*, ou à mera invocação de princípios materiais¹²⁰.

Assim é porque todas estas abordagens não se excluem, por incompatíveis; antes se complementam, porquanto insuficientes, isoladamente, para recobrir a complexidade da atividade interpretativa e satisfazer a necessidade de atingimento dos objetivos subjacentes ao sentido adequado da interpretação constitucional.

Com efeito, se a legalidade constitucional, a deferência às opções políticas majoritárias encartadas nas normas insertas no texto constitucional, a objetividade

¹¹⁹ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1223-1225.

¹²⁰ Esta abordagem relaciona-se com a divisão proposta por Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1195-1198, entre teses interpretativas e não-interpretativas, na medida em que atribui às primeiras a noção de interpretar como a captação do sentido exposto, ou claramente implícito, na constituição, acarretando reflexos quanto à compreensão do exercício do controle judicial – limitado às hipóteses em que seja possível deduzir regras claras que sirvam de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade – e das funções da constitucional – compreendida em uma dimensão eminentemente procedimental e institucional, desprendido de finalidades teleológicas de realização de valores substantivos como liberdade e justiça; e às segundas, descreve em oposição, como forma de aplicação de valores de justiça, liberdade e igualdade de uma Constituição apreendida em uma dimensão material. Neste sentido, também, Castanheira Neves, *Metodologia jurídica...*, pp. 84-85.

interpretativa decorrente da existência de regras claras e precisas são atributos necessários à interpretação produzida no ambiente do Estado de direito, o recurso aos princípios materiais, reconduzidos a *ethos* da Constituição, são exigências do Estado constitucional¹²¹.

Nesta medida, entende-se que o sentido adequado a ser atribuído à interpretação constitucional passa por garantir a necessária operacionalidade entre as dimensões materiais, formais e procedimentais da Constituição, tendo por escopo primacial a adscrição de significados aos enunciados, que, por um lado, não desconsiderando o sentido semântico nem tampouco os limites normativos, por outro, esteja comprometida com a exigência de ser concretizadora, no contexto de formação da norma de decisão, posto que inserida em uma ordenação vinculada, voltada à concretização material da Constituição, mediante um processo interpretativo que apreenda a relação entre direito e realidade¹²², no âmbito de uma teoria constitucional adequada¹²³.

¹²¹ Com efeito, isto não significa negar a objetividade à interpretação, mas conduzi-la à compatibilização de exigências de percepção do sistema jurídico formado por regras, tendencialmente fechadas, e princípios, tendencialmente abertos, de fundo material, que carecem, nesta condição, da atividade mediadora, e que demandam, para apreensão do seu sentido, que se leve em conta não apenas o texto, mas também “a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem que a atividade interpretativa tenha tendencial objetividade”, excluindo-se, desde logo, a ideia de submeter a Constituição a uma leitura ética, baseada em um “fundamentalismo valorativo”. Nesse sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1197-1198.

¹²² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4.º ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57; *Idem*. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. trad. Luis Villacorta Mancebo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 9. n.º. 27. Set-Dez., 1989, p. 112-114, observa, nesse sentido, que a relação entre realidade e direito não pode ser compreendida suficientemente nem em sua universalidade jurídico-filosófica, nem baseando-se exclusivamente nos detalhes da metodologia prática para o tratamento de cada caso, sendo necessário unir hermeneuticamente ambos pontos de vista, de modo que a hermenêutica tenha sempre presente o papel que desempenha a realidade normanda em relação com o conteúdo de validade que há na norma jurídica. Ademais, adverte que o “*axioma*” segundo o qual decisões judiciais podem ser deduzidas na íntegra do texto da norma, isto é, das estruturas linguísticas, aplicando uma lógica formal, põe em causa “*não só a desejada autossuficiência formalista do ideal positivista de aplicação jurídica, mas também racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito*”. Deste modo, as disposições constitucionais não podem ser interpretadas apenas com recurso aos métodos tradicionais, sem o recurso aos elementos interpretativos procedentes da “*realidade social normada*”.

¹²³ Muller, *Metodologia...*, p. 62, adverte precisamente acerca da dificuldade que ora se enfrenta, isto é, baseada em uma metódica tradicional, uma norma pode ser tida por unívoca, no papel e destituída de clareza, no caso prático. *Idem*, *Tesis acerca de la estructura...*, pp. 117-118, ressalta que a estrutura da norma e a normatividade se apresentam de forma distinta em cada uma das disciplinas jurídicas; no direito constitucional, o caráter aberto que oferecem muitos dos seus preceitos corresponde à amplitude e à dinâmica do seu âmbito de regulação, de modo que não é possível compreender a hermenêutica constitucional com os meios tradicionais desenvolvidos para compreensão de Direito civil ou penal, por exemplo.

2.2. A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS E A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Projetando-se nestes termos a tarefa da interpretação, enquanto instância mediadora do sentido visando a revelação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente, é necessário compreender quais limites se impõe à atividade interpretativa.

2.2.1. Limites interpretativos decorrentes da qualificação de princípio das normas jusfundamentais

A interpretação colabora com a determinação do conteúdo e sentido da norma, mas está longe de ser uma atividade exaustiva e livre de limites; em tempos em que se torna cada vez mais rotineiro, a pretexto de se exercer interpretação, atribuir sentidos às normas que satisfaçam apenas e tão somente as exigências particulares da consciência individual do intérprete, é preciso ter clara a existência destes limites, sobretudo quando se está em causa normas de direitos fundamentais.

É necessário, nesse sentido, realçar que as disposições textuais exercem funções imperiosas na atividade interpretativa; desde logo, é preciso reconhecer que texto funciona, sim, como limites para as variações de sentido jurídico (função negativa), de modo que não se pode conferir sentido – e com base nisto cominar deveres – absolutamente distinto daquele usualmente aceito para significar determinadas palavras ou expressões.

Assim, deve-se ter em perspectiva que afirmar inexistência de relação biunívoca entre norma e texto não pode conduzir à autorização para a criação de conteúdos normativos que sejam diametralmente opostos à formulação linguística dos enunciados.

Sendo assim, não é adequado, no desenvolvimento da norma, utilizar desta perspectiva como fundamento para o estabelecimento de sentidos contraditórios com o conteúdo semântico dos enunciados normativos¹²⁴.

¹²⁴ A propósito, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1220, assenta que a análise de dados linguísticos do programa normativo funciona como “filtro” do domínio normativo, retirando fatos que não se insiram no

Ademais, também não se deve confundir a expansibilidade das normas de caráter principiológico com a possibilidade de produzir a ampliação desmedida da determinação do domínio normativo; desde logo porque a natureza de princípio não altera as condições para a determinação semântica da norma, não admite a inclusão de qualquer gênero nem modifica as condições para interpretação do enunciado¹²⁵. Tampouco se pode pretender solucionar qualquer omissão e insuficiência regulativa ou déficit de sentido recorrendo-se, estritamente, à interpretação.

Neste contexto, cumpre ressaltar que a identificação de espaços de ausência de regulação normativa deve ser precedida da identificação do domínio das normas, a fim de descortinar qual seja o âmbito e o conteúdo regulado e se, de fato, a situação concreta corresponde à hipótese de verdadeira lacuna normativo-constitucional, de modo que interpretação e integração são momentos graduais, e consecutórios, para a obtenção do direito¹²⁶.

Ademais, espaços em que a ausência de regulação decorre de incumprimento de ordens precisas de legislar devem ser corrigidos pela via adequada, sancionando o poder público em face da omissão no atendimento de um dever constitucional.

Isto, contudo, não autoriza que o aplicador assuma livremente a função criativa do direito; nestes termos, mesmo quando se estiver em causa hipótese de conflitos normativos sediados no âmbito de direitos sociais, é preciso que se reserve à sujeitos constitucionais competentes as funções que lhe são típicas, respeitando-se os limites da interpretação.

domínio normativo, pelo recurso ao limite negativo do texto. Por outro lado, constata também o dimensionamento positivo, na medida em que “seleciona” dados reais que sejam compatíveis com o programa normativo.

¹²⁵ David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 113-114. Nesse sentido, interessante ressaltar a posição sustentada por Lênio Streck, *Verdade e consenso...*, p. 229, para quem, “Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’. Portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandatos de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do ‘tudo ou nada’), pois dá a ideia de que os ‘princípios’ ser iam ‘cláusulas abertas’, espaço reservado à ‘livre atuação da subjetividade do juiz’ [...]”

¹²⁶ Diz-se verdadeira lacuna porque apenas se pode afirmar a existência de lacunas quando a ausência de regulação se coloca em contrariedade com o plano de ordenação constitucional – isto é, quando revelam o inadimplemento de imposições constitucionais para legislar – precisamente porque há espaços em que a constituição deixa, intencionalmente, por regular, oferecendo liberdade para que domínios sejam conformados pelo legislador, sujeitando-se à realidade social, à luta política, à evolução das necessidades da comunidade. Nesse sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1235-1236.

2.2.2. Princípio democrático e discricionariedade legislativa na conformação de meios e fins

A este propósito, cumpre compreender o modo com que se estabelece a convivência do papel concretizador dos direitos fundamentais com princípios que consubstanciam o fundamento do Estado de direito, nomeadamente o princípio democrático.

Trata-se, pois, de princípio com ancoragem jurídico-constitucional, que, com efeito, para além de esquemas organizativo-procedimental, uma vez que vincula regras a serem observadas no processo de legitimação do exercício do poder popular, passou a incorporar expressões decorrentes de uma projeção substancial, como o condicionamento da legitimidade do domínio político à prossecução dos fins e valores afetados pela Constituição¹²⁷.

Com efeito, a titularização do poder pelo povo, inerente ao desenvolvimento dos Estados democráticos, é externada e exercitada também de forma direta, mas, sobretudo, indiretamente, através da representação política¹²⁸, observando a prevalência da vontade da maioria constituída por sufrágio¹²⁹, ressalvando-se, todavia, o respeito aos direitos indisponíveis de minoria – protegidos pelos direitos fundamentais¹³⁰.

Ocorre que nesta configuração, ora ordenada, mais do que a concatenação de procedimentos vocacionados a orientar a escolha da representação popular e a conferir primazia da atuação legiferante, exige-se, outrossim, que o exercício desta representação esteja conforme certas finalidades como condição para a própria legitimação da representação¹³¹.

¹²⁷ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 287-288. Adiciona, LEIBHOLZ Gerhardt. **Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la constitucion**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964, pp. 151-152, que para ser legítima, o exercício da soberania deve encontrar a legitimação da representação na forma dita tradicional, que se estabelece pela confiança na validade de um ordenamento temporário, mas durável.

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manual Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

¹²⁹ Ferreira Filho, *Princípios...*, p. 56; Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 28.

¹³⁰ Daí decorre o sentido de nominar direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Nesse sentido, cfr., Reis Novais, *op. cit.*, pp. 37 e ss.

¹³¹ Gomes Canotilho, *op. cit.*, pp. 293-294, ao correlacionar o princípio da representação como componente do princípio democrático, revela certa ambivalência dimensional, identificando-se um âmbito formal, compreendido pelo exercício do poder mediante autorização dado pelo povo, a um órgão soberano de representação e um âmbito material, que vincula o exercício do órgão de representação do poder popular à legitimação e legitimidade dos conteúdos dos atos praticados.

Cumpra ressaltar que o exercício do poder pelo povo não se esgota na escolha de indivíduos para serem mandatários do poder soberano popular, compreendendo, também, a escolha por uma determinada orientação política de governo, isto é, a democracia representativa pressupõe que o eleitor escolhe não só a quem delegará mandato para exercer o poder, em seu nome, mas também qual o programa de governo deve ser colocado em prática pelo mandatário¹³².

Na democracia, portanto, deve haver especial preocupação com o conteúdo dos atos praticados no âmbito da atividade representativa; trata-se, pois, de uma variante de fundo material do princípio democrático, que está atrelada à qualidade do exercício democrático¹³³, o que, modernamente, apura-se por elementos como a *responsiveness*, isto é, a “adaptabilidade do governo” para atender à demanda expressada pelos cidadãos através da implementação de políticas, escolhidas pelo povo – ou, precisamente, pela maioria – através do voto¹³⁴.

Nesta medida, subjaz o princípio democrático, e revela-se mesmo uma consequência lógica, que ao legislador deve ser reservado um espaço de liberdade para atuar e exercer o poder que lhe foi delegado, dentro do qual se insere o poder-dever de conformar as normas constitucionais de direito fundamentais que assim exigem e, ainda, visitar o quadro legal e modificá-lo, em constante atenção às necessidades exurgentes de novas realidades políticas ou socioeconômicas¹³⁵.

Neste sentido, é de se presumir que o fato de os direitos que tenham um conteúdo primacialmente positivo, isto é, demandarem a atuação estadual por meio de ação, impõe dificuldades não experimentadas, por exemplo, quando se cuida de analisar direitos de defesa clássicos, que tem na omissão estatal, ou melhor, no dever de abstenção ou de afetação negativa, o caráter principal do direito; sucede assim

¹³² Ferreira Filho, *Princípios...* p. 59.

¹³³ *Ibidem*, p. 62.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 63. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 294, registra, sobre o ponto, que a representação democrática exige um momento referencial normativo, que se reconduz em três ideias: representação com atuação no interesse do outro; representação com disposição para responder (*responsiveness*), ou seja, sensibilização e capacidade de percepção dos representantes para decidir em congruência com os desejos dos representados; representação como processo dialético entre representante e representado, no sentido de realização atualizante dos momentos ou interesses universalizáveis do povo.

¹³⁵ SILVA, Jorge Pereira da. **O dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria de inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 281, adverte, precisamente, que uma restrição excessiva à auto-revisibilidade é inimiga da efetivação dos direitos sociais, porquanto impede a “avaliação global de desempenho do Estado social” e impõe barreiras ao poder de redistribuir recursos disponíveis, conforme as opções políticas conjunturais e momentâneas demandem, conduzindo a eventual sacrifício de outras necessidades.

porque não há avaliação qualitativa a ser realizada quanto aos atos praticados neste contexto, posto que quaisquer atos configuram, tendencialmente, violação do direito.

Como perpassado, a compreensão dos direitos sociais segundo o raciocínio de que são direitos dependentes da ação estatal prende-se com algumas das características atribuíveis às normas principiológicas de direitos fundamentais, de modo que, à primeira vista, a impossibilidade de se retirar do texto constitucional a determinação do objeto ou a extensão dos pressupostos que acionam a mecânica normativa conduz à impossibilidade de se identificar o conteúdo juridicamente protegido por meio, apenas, da interpretação.

Ademais, não se pode olvidar que a escolha dos meios necessários à efetivação do direito deve ser realizada em ambiente plural, democrático, que absorva e reflita a diversidade de concepções e seja sensível às variações de índole política, econômica e social experimentadas pela comunidade política regulada por determinada Constituição, devendo gozar de grau de liberdade relativamente amplo para atuar.

Não se deve descurar, contudo, que a decisão política a ser tomada, não raramente baseia-se em um prognóstico, isto é, uma avaliação quanto aos meios eleitos e a sua efetividade potencial¹³⁶, influenciada por toda uma sorte de fatores fluídos e, em si mesmo, mutáveis¹³⁷ como a conjuntura econômica e social, a representatividade de que dispõe uma determinada maioria política circunstancial, as demandas prioritárias de um grupo político dominante em determinada quadra histórica etc.

Assim, como ressaltado por Cristina Queiroz¹³⁸, entre o reconhecimento

¹³⁶ Nesse sentido, Alexy, *Teoria dos direitos...*, p.465. Também Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1217, destaca, à reboque, que por vezes as dificuldades na determinação semântica de enunciados – ora decorrentes do caráter plurissignificado ou da vagueza dos elementos linguísticos, ora por revelarem conceitos de valor – remetem a conceitos e juízos de prognose.

¹³⁷ Neste sentido, Bernal Pulido, *Fundamento...*, p. 168, expõe sua reflexão ao afirmar a liberdade de atuação do legislador para decidir acerca das estratégias, necessárias e possíveis, para satisfazer as diversas finalidades sociais que a Constituição impõe, arrematando: “*O trabalho de fomentar todos estes objetivos poderia ver-se gravemente dificultado em certo caso, se o Parlamento estivesse compelido a regular problemas sociais de hoje com soluções de ontem*”.

¹³⁸ QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 78. Refutando a noção de ampla margem de liberdade do legislador, Ingo Sarlet, *A eficácia...*, p. 453, para quem, sem uma vinculação mínima do legislador, se permite dispor livremente do conteúdo essencial dos direitos sociais “[Com] chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição”.

constitucional do direito e a conformação do legislador, há um amplo espaço dentro do qual o legislador pode atuar (“espaço de prognose¹³⁹ e decisão”), espaço no qual as soluções não se encontram rigorosamente predeterminadas pela Constituição, mas estão tendencialmente abertas ao desenvolvimento no plano legislativo.

Significa dizer que se deve preservar a liberdade para modificar as políticas públicas implementadas, sob pena de se tolher a possibilidade de, mediante avaliação quanto à efetividade dos resultados atingidos, promover a adequação legislativa às realidades compatíveis, bem como permitir o reordenando do programa político estabelecido diante da formação de novas maiorias políticas.

Por via de regra, não se deve, por isso, mesmo em se tratando de direitos sociais que usualmente reclamam a mediação legislativa para densificação de seu conteúdo, comprimir de forma absoluta a liberdade de conformação dos direitos e a possibilidade de revisibilidade das opções, porquanto consequências conseqüência do princípio democrático¹⁴⁰.

Contudo, se é certo que ao Estado é facultado modificar seu comportamento, adequando-se à evolução dos fatos e influência de novos fatores no processo de decisão política – seja de ordem econômica, política e/ou social – é preciso também compreender em que contexto e situações os direitos fundamentais vinculam a atuação do legislador¹⁴¹, restringindo a margem de ação, ora de forma positiva, ora

¹³⁹ Maria Lúcia Amaral, *A forma da república...*, pp. 180-181, é esclarecedora quanto ao juízo de prognose nos casos em que o legislador atua em relação a fatos que ainda irão se suceder, fazendo um prognóstico razoável quanto ao modo possível da sua evolução, e aplica a esse juízo a sua própria valoração das coisas (quer da realidade fática quer da realidade normativa, do dever-ser).

¹⁴⁰ Nesse sentido, Maria Lúcia Amaral, *op. cit.*, p.182 chama atenção para o fato de que imprevisibilidade da vida pode impor ao legislador a revisão de opções, inclusive atribuindo efeitos retroativos, como forma de “perseguir o interesse público e proteger o interesse concreto das pessoas”; Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 260, observa, ainda, que um óbice à retroatividade de normas jurídicas tem o condão de impedir “as instâncias legiferantes de realizar novas exigências de justiça e concretizar as ideias de ordenação social positivamente plasmadas na Constituição”.

¹⁴¹ Deve-se reconhecer, nesta dimensão, que mesmo decisões produzidas pela maioria encontram limites e, inegavelmente, os direitos fundamentais – enquanto direitos que vinculam o legislador – funcionam como limites ao poder popular, isto é, criam barreiras de proteção contra decisões majoritárias (pelo que se argumenta a tendência contramajoritária dos direitos fundamentais e a relação de tensão entre democracia e direitos fundamentais). Neste sentido, Ferreira Filho, *Princípios...*, p. 63, salienta que o poder popular se limita por freios e contrapesos e, sobretudo, pelos direitos fundamentais. Por seu turno, Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 447-448, revela certo paradoxo dessa relação, na medida em que, se não se nega que as normas de direitos fundamentais vinculam o legislativo e limitam sua atuação, enquanto normas negativas de competência, não é menos verdade que se tudo o que fosse importante para o indivíduo fosse determinado pelos direitos fundamentais, ao legislador sobriaria questões sem importância para decidir, confrontando a pressuposto da democracia representativa de que o legislador deve decidir precisamente sobre aquilo que importa para a sociedade. Observando esta dualidade tensionada, Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 25 e ss. Ademais, acerca desta

negativamente, proibindo, exigindo que condutas determinadas sejam adotadas, em um determinado sentido, ou limitando a possibilidade de alteração do comportamento por ações que, eventualmente, conduzam à frustração e esvaziamento dos conteúdos conformados dos direitos.

Neste sentido, a liberdade de conformação, reflexo do princípio democrático e do respeito às escolhas públicas produzidas pela representação majoritária do conjunto da sociedade, embora exija autocontenção, particularmente no exercício do controle jurisdicional, deve estar compatibilizada com as determinações normativas e com o *ethos* que subjaz o sistema jusfundamental, nomeadamente à tutela da dignidade humana, ínsita aos direitos fundamentais, de modo a não sufragar comportamentos lenientes dos poderes constituídos, no que tange ao arrefecimento dos deveres de proteção e de promoção destes direitos e do exercício de controle de restrição aos seus conteúdos.

Vê-se, assim, que a concretização do conteúdo normativo do direito tem aptidão de colocar em causa o grau de liberdade de conformação do legislador decorrente, em última análise, do princípio democrático, na medida em que a própria noção de Democracia importa em reservar ao legislador uma margem de ação discricionária para atuar na satisfação e realização do interesse público, enquanto titular do mandato de representação da soberania popular¹⁴².

Diante de situação de potencial conflito entre normas constitucionais, contudo, parece-nos claro que o equilíbrio da relação depende da análise ponderada entre o comportamento estatal, nomeadamente no que tange à atividade legislativa em matéria de direitos fundamentais e das justificativas constitucionais que o subjazem.

temática, Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 104, ressalta que a igual dignidade das pessoas determina que seja considerado não a quantidade dos que apoiam a restrição, mas o conteúdo da justificação, o peso da argumentação e a ponderação em face das razões contrárias que devem ser determinantes.

¹⁴² Reis Novais, *op. cit.*, p. 263.

3. A PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Deve-se reconhecer que, reiteradamente, casos complexos em matéria de direitos fundamentais são verificados, seja na atividade legislativa, seja na atividade administrativa seja por decorrência de conflitos surgidos nestes dois âmbitos que demandam a intervenção da atividade jurisdicional; com efeito, em casos complexos comumente são verificadas situações para as quais o direito não apresenta respostas prontas e predeterminadas e sobre os quais, tampouco, se deve recusar uma solução quando levados à apreciação das instâncias competentes.

Nestes *locus* demanda-se, muitas vezes, a realização de “escolhas trágicas”¹⁴³ sem que a disposição jurídica disponha de regulação normativa suficiente para fazer frente às questões práticas verificadas, revelando-se a insuficiência da interpretação para, sozinha, solucionar problemas concretos decorrentes das complexas estruturas dos direitos fundamentais.

Com efeito, há muito a teoria do direito resignava-se em responder a estes casos admitindo que a realização do direito “entrega” aos órgãos competentes para sua aplicação certa margem livre para “criar” soluções (já pré-existentes dentro de uma moldura¹⁴⁴), relegando tal prática a uma atividade de política judiciária, à margem da ciência do direito.

Debater a criação judicial do direito, contudo, tornou-se um dos grandes desafios colocados para a ciência jurídica e ocupa, há muito e cada vez mais, lugar destacado nas teorias jurídicas que buscaram romper com paradigmas, sobretudo, das teorias positivistas vigorantes até o último quarto do século XX que, reconhecidamente, despreocupavam-se em investigar a teoria da decisão judicial.

Neste contexto, já no mencionado embate Hart vs Dworkin¹⁴⁵, se anunciava as

¹⁴³ BRASIL. _____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE no AgR) n°. 745.745/Minas Gerais (MG), DJ: 18/12/2014, Rel. Min. Celso de Melo, Segunda Turma.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8°. Ed. 5°. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 390.

¹⁴⁵ Nesta medida, Hart, *O conceito de direito...*, p. 338, após reflexão inserida em pós-escrito decorrente das críticas que lhe foram dirigidas por Dworkin, não consegue se desvencilhar da premissa da inevitabilidade do momento de criação judicial do direito, aceitando apenas que cabe ao juiz, quando se coloca na posição de escolher, atuar como “legislador consciencioso”. Nada obstante, ressalta que, se “houvesse sempre de se

críticas ao que, hodiernamente, ocupa relevante espaço na análise do direito aplicado por juízes e tribunais, posto que, por um lado, aplicadores assumem como aceitável a tarefa de serem criadores do direito e, por outro, não se impõe qualquer constrição, sobretudo na prática judicial brasileira, embora, muitas vezes seja exigida por limitações de natureza semântica e/ou normativa, que impedem o atuar livre na atribuição de conteúdos e sentidos às normas, quando estão a pronunciar decisões¹⁴⁶.

A necessária reflexão acerca da atuação positiva de juízes e tribunais, à luz dos ditames fundacionais do Estado de Direito democrático, que não renega a soberania parlamentar e o exercício democrático do poder popular, exige também a conformação da maneira com que o poder judicial exerce suas funções constitucionalmente delegadas, tornando-se imperioso racionalizar a atividade jurisdicional, estabelecer procedimentos objetiváveis e controláveis, a fim de que a atividade decisória não se traduza em ato de escolhas singulares dos julgadores.

Como assentado, a interpretação das normas deve funcionar como instrumento apto a estabelecer limites na atividade de atribuição de sentidos aos enunciados normativos, em que pese a resolução de questões complexas, muitas vezes, exigir algo que técnicas e princípios de interpretação, sozinhos, não fornecem, isto é, a complexa estrutura dos direitos fundamentais sociais, mormente aqueles estruturados como princípios, por vezes originam problemas de caráter normativo, para cuja solução as técnicas de interpretação revelam-se insuficientes¹⁴⁷.

Assim, a tarefa de interpretar e aplicar não resulta de atividade meramente cognitiva. A racionalidade para obtenção de resultados não é aquela que conduz ao descobrimento de uma única resposta correta a qual o julgador aplicará mecanicamente; antes, a racionalidade orienta a forma como essa resposta será revelada, através de um procedimento que fixe parâmetros que possam aumentar a

encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas”, o momento de criação judicial seria efetivamente eliminado.

¹⁴⁶ Conhecida, neste aspecto, o recurso já desgastado à fundamentação de decisões “conforme a consciência”. Para as críticas a esta construção pouco afeita às práticas democráticas que se impõe no Estado de direito, cfr. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 5°. Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015, pp. 33 e ss.

¹⁴⁷ LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; XAVIER BAEZ, Narciso Leandro (orgs). In: **Dignidade da pessoa humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**: em comemoração ao 70° aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 324, nesse sentido, descreve que a lógica formal e os métodos tradicionais de interpretação por vezes não fornecer respostas aos casos em que a imprecisão da linguagem impõe obstáculos à aplicação do direito.

possibilidade de diálogo intersubjetivo, oferecendo, sobretudo, a possibilidade de controlabilidade do resultado¹⁴⁸.

Neste contexto, vislumbra-se que a proporcionalidade goza de aptidão para produzir parâmetros racionais de controle da atividade judicial concretizadora, não apenas por exigir a conformidade do resultado com um determinado procedimento, mas também por se fiar em obter soluções que sejam adequadas e compatíveis aos parâmetros obtidos pela interpretação dos enunciados.

3.1. A ESTRUTURA DA PROPORCIONALIDADE

Tratar da proporcionalidade, pela complexidade e amplitude do tema, exige contextualizar e promover certos recortes conceituais. Neste aspecto, tem-se que o “princípio”, de início identificado no direito público como medida de controle da atuação estatal, em suas distintas manifestações de poder, quedou erigido a “princípio” vetor dos Estados constitucionais, estabelecendo-se como necessário parâmetro para aferição da adequabilidade constitucional do comportamento e ações estatais.

Há, com efeito, divergência quanto ao enquadramento da proporcionalidade, havendo aqueles que lhe atribuem a natureza de princípio, de máxima, de regra, de critério, de postulado, enfim¹⁴⁹, caracterizações que, com efeito, não raro não guardam pertinência com a definição do fenômeno que se quer descrever.

Neste sentido, a proporcionalidade, que comumente é nomeada de princípio, não se reveste das características que tipificam o princípio, ao menos no sentido outrora descortinado; antes, conforma-se como uma regra – não como norma prescritiva comportamento – que se aplica precisamente para solucionar a colisão entre normas, nomeadamente aquelas estruturadas como princípios¹⁵⁰. Por isto

¹⁴⁸ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 148.

¹⁴⁹ Para se dimensionar o uso das terminologias regra, princípio, postulado e máxima, cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, pp. 168-169. Utilizando-se da terminologia “critério”, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5°. Ed., rev., atual., e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 176-178.

¹⁵⁰ A respeito, o próprio Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 117, sustenta que a utilização do termo “princípio” para designar o que nomina “máxima da proporcionalidade”, não deve ser compreendida com o sentido que atribui aos princípios, nomeadamente porque nem a proporcionalidade, nem suas subdivisões

mesmo, a proporcionalidade associa-se ao caráter principialista dos direitos fundamentais, face à maior aptidão que estes têm para produzir conflitos normativos, por decorrência de a expansibilidade do âmbito de proteção normativa tender a gerar colisão com normas em sentido contrário que não sejam solucionáveis com critérios tradicionais¹⁵¹.

Entretanto, deixando de lado eventual variação terminológica decorrente do enquadramento da proporcionalidade, não parece haver dúvidas tão significativas quanto à função primacial que exerce no âmbito dos direitos fundamentais, isto é, funciona como instrumento de controle, nomeadamente da ação dos poderes públicos, sendo particularmente acionada quando se evidencia hipótese de conflitos normativos tendentes a promover a afetação do conteúdo de direitos fundamentais e, nesta condição, se reveste, inequivocamente, de potencial para limitar a liberdade de atuação do legislador.

No que tange à sua composição, a proporcionalidade estrutura-se por meio de máximas parciais, que acabam por oferecer a possibilidade de aplicação de “testes”, aos quais se submetem os atos dos poderes públicos que promovam a afetação de direitos fundamentais, sujeitando-se à verificação, seja pela perspectiva fática (adequação e necessidade), seja pela perspectiva jurídica (proporcionalidade em sentido estrito).

Deve-se registrar, outrossim, particularmente quanto à necessidade e à adequação, que por se tratarem de máximas referentes à aspectos fáticos-empíricos, e não propriamente jurídicos, a verificação, na ocasião em que estiver em causa o controle judicial de atos executivos e/ou legislativos, deve realizar-se sob a premissa da excepcionalidade interventiva, guardando-se deferência, à partida, com os juízos realizados pelos poderes constitucionalmente legitimados a atuar na conformação de direitos fundamentais.

Assim, detalhadamente, a adequação refere-se à verificação dos meios

(máximas parciais), estão sujeitas à ponderação, devendo, de forma mais adequada, ser entendidas como regras, cuja aferição ocorre quanto à satisfação ou não-satisfação, e não quanto aos graus de satisfação. Com as ressalvas propostas, atribuir-se-á à proporcionalidade, seguindo a terminologia de Alexy, o enquadramento de máxima, para o fim de decomposição estrutural, reconhecendo-se, todavia, a sua natureza específica de regra, ainda que se atribua o caráter de regra especial, como fazem, p. ex. Martin Borowski e Jan R. Sieckmann. Neste sentido, cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 169.

¹⁵¹ Expondo esta relação, cfr. Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 116-118.

utilizados para promover a afetação de direitos, exigindo-se que sejam adequados ao interesse público justificador da medida adotada, bem como este seja conforme, isto é, compatível com o objetivo a ser perseguido¹⁵². Revela, assim, a exigência de haver adequada conformidade do fim perseguido, isto é, de que a medida seja adequada para proporcionar a realização da finalidade de interesse público pretendida¹⁵³.

A necessidade, por seu turno, diz respeito à verificação da intensidade e eficácia da afetação, colocando-se a exigência de que a intervenção no direito fundamental deve se restringir àquela estritamente necessária à obtenção dos fins de interesse público pretendidos e, conseqüentemente, impõe a vedação da adoção de medidas mais gravosas do que aquelas estritamente suficientes e necessárias à satisfação da finalidade de interesse público – busca-se, assim, aferir se existem medidas com o mesmo grau de eficácia e menor onerosidade da afetação.

Deste modo, uma determinada medida não será necessária se houver outra que, com o mesmo grau de eficácia, promova o interesse público com a mesma intensidade, impondo menor afetação ao direito contrário.

Trata-se, portanto, de “teste comparativo” entre distintas possibilidades, que pretende verificar o alcance do melhor resultado considerando, particularmente, duas variáveis: i) o grau de eficácia/eficiência da medida para atender ao objetivo e; ii) o grau de afetação do direito atingido¹⁵⁴, de modo que havendo duas medidas igualmente aptas a atender à mesma finalidade (ambas são, portanto, adequadas), aquela que se provar maior gravosa revela-se desnecessária¹⁵⁵.

Neste espectro, imagine-se a hipótese em que a colisão de dois bens tutelados constitucionalmente (destaque-se a liberdade de imprensa/sigilo da fonte e o direito à informação/publicidade, como P1 e P2, respectivamente), na hipótese em que sob pretexto de garantir a publicidade de atos produzidos em processo judicial público,

¹⁵² Assim, também, entre muitos outros, apenas para referenciar juristas de língua portuguesa, Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 270 e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais...*, p. 170.

¹⁵³ Como registra Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 590, a adequação acaba por se revelar um critério negativo, de eliminação de meio inadequados, isto é, que não guardem pertinência com o objetivo a ser atingido; nesta medida, não conduz à determinação das hipóteses adequadas, mas exclui as inadequadas.

¹⁵⁴ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 171-174. Nesta etapa, ademais, a dimensão principal a ser aferida é da eficácia/eficiência; havendo medidas igualmente eficazes, pende-se, obviamente, para aquela que produz menor grau de afetação.

¹⁵⁵ Também quanto à necessidade, Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 590-591, salienta o aspecto funcional negativo, isto é, de reduzir a possibilidade de implementação de soluções que conduzam a sacrifícios desnecessários de direitos fundamentais.

libera-se o acesso ao conteúdo de uma investigação criminal de grande relevância e repercussão (medida implementada M), no bojo da qual são divulgadas conversas mantidas entre determinado investigado e um jornalista, no exercício da profissão. Observando o caso, obtém-se a satisfação ótima de P1 e a afetação integral de P2; sob a perspectiva estrita da adequação, M revela-se idônea; acaso houvesse no diálogo conteúdo revelador de prática criminosas das partes, também seria necessária. Restaria avaliar, ao fim, se o nível de restrição a P2 é proporcional (em sentido estrito).

A proporcionalidade em sentido estrito, assim, representa o último teste porque medidas interventivas de direitos fundamentais se submetem e, através dela, se avalia a proporcionalidade da afetação, a correlação entre os meios empregados e os fins pretendidos, a justa medida a ser apurada.

E, particularmente neste âmbito, insere-se o juízo de ponderação quanto ao meio empregado, de modo que constitui, efetivamente, um mandamento ou postulado da ponderação¹⁵⁶.

Esta máxima parcial, como afirmado, se prende com a aferição das possibilidades jurídicas de realização/afetação de direitos (princípios) em conflito normativo, de modo que a delimitação do domínio normativo, isto é, o espaço de regulação, será dado com a aferição do grau de realização de um e do incumprimento de outro ou, por outras palavras, pelo grau da intensidade de realização de um princípio e o grau da intensidade de restrição de outro. É, pois, uma regra que se expressa consoante a “lei de ponderação”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Assim, por todos, cfr. Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 117.

¹⁵⁷ Isto é, quanto maior o grau de não-satisfação de um princípio, maior deve ser o grau de satisfação do princípio prevalecente. Nesse sentido, Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 167; 593-594; 617 e ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidade. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. núm. 11, enero-junio, 2009, pp. 8-9. Acessível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>. Ademais, BOROWSKI, Martin. Derechos de defensa como principios de derecho fundamental. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 95, registra que, em situações de colisão de princípios, a decisão acerca daquele que deverá retroceder, há de se estruturar-se segundo a aplicação da máxima da proporcionalidade em sentido amplo – e pelas leis da colisão e leis da ponderação; Guastini, *Estudios...*, p. 145, ajuíza que a ponderação “consiste em instituir entre os princípios em conflito uma hierarquia axiológica móvel”, em que aquele ao qual se atribui maior valor terá maior “peso” e, logo, prevalecerá no momento da aplicação; Comentando as lições de Alexy, André Rufino, *A estrutura...*, p. 87 ressalta que a lei da ponderação constitui o método de fundamentação para os enunciados que estabelecem as relações de preferência condicionada entre os princípios, dependendo a racionalidade da ponderação da fundamentação a ser realizada.

3.1.1. Estrutura da ponderação e a fórmula dos pesos

Para reforçar a carga de justificação que deve ser aplicada no procedimento, é desenvolvido por Alexy a ideia de fórmula, por meio da qual se vai conferindo pesos relativamente aos elementos que configuram a estrutura da proporcionalidade.

Convém, nesse sentido, aludir aspectos desenvolvidos pela proposta da “fórmula do peso”, ainda que não se tenha a pretensão de adentrar em toda a complexidade inerente ao recente desenvolvimento da fórmula¹⁵⁸ (e todas as divergências que esta proposta encerra na teoria do direito).

A ponderação, assim como registrado, constitui objeto da proporcionalidade em sentido estrito e se configura a partir das “leis da ponderação”. A primeira destas leis, de carácter material, repousa a exigência de que o grau de afetação de um princípio seja diretamente correspondente ao grau de realização do princípio colidente¹⁵⁹.

Nesta medida, a ponderação revela-se funcionalmente a partir da exigência de se avaliar i) o grau de afetação ou não afetação, ii) o grau de satisfação ou importância do princípio colidente, conforme o nível que atingem (leve, moderado ou sério), para, com isto, obter-se iii) a razão porque a realização de um princípio deva acarretar a afetação de outro.

Para o desenvolvimento desta racionalização Alexy recorre à dita fórmula, em que o grau de afetação ou não-afetação constitui-se na grandeza I (intensidade de intervenção ou interferência) e o grau de satisfação constitui-se na grandeza W (importância), podendo, ambas as grandezas, assumirem valores conforme sejam-lhes atribuídas a qualificação de leves, moderadas ou sérias (respectivamente valoradas com 1, 2 e 4)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Escapam da análise, portanto, o recente refinamento da fórmula proposto por Alexy, com divisão do elemento “confiabilidade” na dimensão normativa e empírica. A respeito, cfr. ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 12, n° 3, 2014, pp. 511-524. Acessível em: <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784/Formal-principles-Some-replies-to-critics>

¹⁵⁹ Assim descreve ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*. Vol. 16, n°. 4 December, 2003, p. 436, em um de seus muitos escritos acerca do tema. *Idem, Teoria dos Direitos...*, pp. 167-172, a retrata graficamente por meio da curva de indiferença ou à lei de taxa marginal decrescente de substituição, através das quais pretende demonstrar a lição decorrente da “lei da ponderação”, segundo a qual há correlação direta e necessária entre a substituição dos graus de satisfação de princípios.

¹⁶⁰ Neste sentido, cfr. Alexy, *Teoria dos Direitos...*, pp. 600-606; Em Alexy, *On Balancing...*, p. 443 defende que, a despeito da proposta tendentes à fragmentações destes níveis, a compreensão nestes termos é mais adequada posto que, mesmo nestas circunstâncias, até a distinção entre sério e simples pode apresentar dificuldades

Neste aspecto, numa hipótese de impasse estrutural, isto é, decorrente da estrutura normativa de direitos fundamentais (mais precisamente quanto à possibilidade de se obter do ordenamento, com precisão, a certeza quanto à existência e sentido de uma obrigação), pode-se dizer que, considerando-se pesos abstratos equivalentes, o peso (G) de um princípio (Pi) em face de um princípio colidente (Pj) será tão mais alto quanto maior for o valor da interferência e menor for o valor da importância do princípio colidente¹⁶¹.

A segunda lei da ponderação, de carácter epistêmico, está relacionada à possibilidade de colisão entre princípios materiais e formais (como o que fundamenta a liberdade decisória do legislador) e sustenta que quanto mais intensa for a intervenção, maior deverá ser a certeza sobre as premissas em que se sustenta¹⁶².

A ponderação, então, considera esta terceira grandeza, cujos valores são imputados a partir de níveis de confiabilidade ou certeza nas premissas, como confiáveis, plausíveis ou não evidentemente falso¹⁶³. Deste modo, o peso concreto de um direito fundamental será tanto maior quanto mais alto for o grau de incerteza em que está baseado o direito contrário.

Em desenvolvimento posterior houve a simplificação da fórmula¹⁶⁴, em que a grandeza de importância de realização insere-se na ideia de peso abstrato (W) e a confiabilidade ou segurança das premissas (confiabilidade acerca das premissas empíricas que justificam a maior realização de um princípio e a menor realização de outro) são indicadas por R (“*reliability of the empirical assumptions*”).

práticas. Vale ressaltar que as representações descritas até este ponto se referem ao que consta da edição em língua portuguesa da Teoria de Direitos Fundamentais citada. Diz-se isto porque a identificação dos elementos não é idêntica ao que consta, p. ex., em Alexy, *On Balancing...*, pp. 446-447.

¹⁶¹ Tal raciocínio se visualiza pela fórmula: $GPi, jC = \frac{IPiC.GPiA}{WPjC.GPjA}$ em que A representa o valor em abstrato e C o valor em concreto.

¹⁶² Neste sentido, deve-se realçar que a incerteza pode ser decorrente da limitação epistêmica, isto é, referida às possibilidades cognitivas ou, mais precisamente, quanto à possibilidade de se obter do ordenamento, com precisão, a certeza quanto ao tipo de obrigação (se permitida, imposta ou proibida), decorrente da debilidade de premissas empíricas ou normativas ou, mais precisamente, quanto à possibilidade de se obter a certeza quanto à própria existência de alguma obrigação de conduta. Para detalhamento, cfr. Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 612 e ss.

¹⁶³ Alexy, *On Balancing...*, p. 446-447 refere os níveis como: reliable (r), maintainable or plausible (p), and not evidently false (e); para cada destes níveis se atribui, respectivamente, os valores de 1, ½, ¼, estando assim representada a fórmula: $GPi, j = \frac{IPiC.GPiA.SPjC}{WPjC.GPjA.SPjC}$.

¹⁶⁴ Nesse sentido, ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. 2.º ed, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 59

Assim, a aferição do peso concreto estrutura-se tendo por parâmetro o quociente apurado a partir da identificação da intensidade de interferência, do peso abstrato e da confiabilidade das razões empíricas que justificam a maior restrição de um dos princípios envolvidos, em detrimento da maior realização de outro princípio envolvido, com a fórmula simplificada dos pesos: $WP_{i,j} = \frac{IP_i.WP_i.RP_i}{IP_j.WP_j.RP_j}$.

É necessário ressaltar, contudo, que, a fórmula do peso não parece, por si, ser suficiente para proporcionar um esquema racional e objetivo para solução de casos concretos envolvendo colisão de direitos fundamentais de modo que a proposição de esquema ou estrutura formal de aplicação, que se orienta para apresentar a condição de aplicação do resultado de forma semelhante à subsunção, não oferece, sem reparos, a construção de um método para resolução de conflitos normativos principiológicos¹⁶⁵.

Ainda que a proposta baseada na identificação dos elementos que estruturam a ponderação e a distribuição dos pesos na fórmula conduza à conclusão de uma precedência em concreto, deve-se, por um lado, demonstrar como estará estabelecida a proposição metodológica da ponderação e, por outro, nortear, inserida no âmbito da argumentação jurídica, a projeção ao domínio da racionalidade, mediante recurso à justificação constitucional no desenvolvimento levado a termo.

3.1.1.1. O sentido da fórmula dos pesos

Como aludimos, a aplicação e o desenvolvimento da fórmula e a atribuição dos pesos são compreendidos como pontos centrais para a percepção da ponderação enquanto meio de condução às soluções concretas em hipóteses de colisões normativas¹⁶⁶.

No entanto, ressalve-se, a relevância que se possa atribuir à ponderação (e sua dita fórmula) não é como método, um fim em si mesmo, mas como forma de identificação do percurso argumentativo a ser adotado, sendo possível correlacionar

¹⁶⁵ Registre-se, quanto ao ponto, o que consta em Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 594, em que afirma que a ponderação, em sua teoria dos princípios, nunca sustentou a tese de que terá sempre uma conclusão racional, mas apenas em alguns casos.

¹⁶⁶ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1241.

a noção dos pesos à exigência de se estabelecer compatível carga de argumentação às perspectivas que se qualificam com o maior ou o menor valor (peso) atribuído a cada um dos elementos¹⁶⁷.

É dizer, atribuir maior ou menor valor aos elementos estruturados na fórmula não se constitui em um exercício opinativo, singular, alheio a qualquer controle racional e intersubjetivo; deve, sim, estar correlacionado à argumentação jurídica de modo a oferecer a possibilidade de obtenção de uma solução coerente, controlável e juridicamente fundamentada e referida à ordenação jurídico-constitucional, orientando-se no desenvolvimento do raciocínio, aí sim, referenciado pelas etapas que constituem a fórmula.

Não nos parece, portanto, que a pretensão da tese da fórmula seja, ou deva ser, reduzir a ciência jurídica à aplicação matemática¹⁶⁸, mas sim o de projetar a fórmula como exemplificação de um exercício mental que norteará o percurso argumentativo do aplicador do direito.

Neste aspecto, a fórmula estimula a observância de um método condutor do raciocínio, que auxilia a obtenção do resultado e impõe ao aplicador a exigência de demonstrar, isto é, justificar, argumentativamente, a razão porque, afinal, confere maior relevância (pesos) a um direito fundamental em detrimento de outro.

Obviamente, e por consequência lógica, não se admite que a tarefa de distribuição de pesos seja decorrência de experiências particulares do intérprete/aplicador, resultante de impressões e sentimentos particulares acerca do que é justo, bom ou moralmente correto; tampouco que o resultado decorra de preconceções não controláveis, a partir das quais se subverte o direito ou se preenche as variáveis consoante premissas subjetivamente fincadas¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Assim é que Reis Novais, *As restrições...*, p. 334, destaca que para a satisfação das exigências de racionalidade prática só serão alcançadas aproximando-se da teoria da argumentação jurídica. Enfatiza que princípios e regras não orientam a si mesmas no processo de aplicação, estando dependentes de procedimentos que se projetem aptos a extrair o máximo de racionalidade prática para exercer o controle racional das valorações realizadas.

¹⁶⁸ Alexy, *Derechos sociales...*, pp. 62-64. Nesse sentido, também, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 176, para quem estes modelos matemáticos tem a serventia de servir de ilustração, não sendo suficiente, entretanto, para conduzir à decisão jurídica através de mera aplicação de fórmulas matemáticas.

¹⁶⁹ Assim, consoante sugere, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1237-1238, a partir de uma atividade interpretativa que atribui sentido ao texto, reconstruindo os direitos em conflito, projeta-se a ponderação, com vistas a formar critérios de ordenação tendentes à obtenção de solução justa ao conflito, que deva ser necessariamente justificada; não se trata, e assim não pode ser compreendido, de um modelo de justiça casuística.

Como dito, é salutar a compreensão da estrutura da ponderação pela observação da fórmula, devendo ser compreendida como um exercício mental que norteia a argumentação jurídica referenciada no ato decisório; como se defenderá, esta apresenta, na sua configuração, elementos aptos tanto para restringir as possibilidades de aplicação subjetivista do direito quanto para oferecer padrões de controle intersubjetivo do ato decisório baseado na ponderação.

3.1.1.2. A necessidade de identificação de limites para a ponderação

Cumprir advertir que a ideia de colocação de limites à ponderação deve ser compreendida consoante a perspectiva que se tenha quanto ao resultado possível de ser alcançado na análise de casos jurídicos complexos.

Àqueles que desenvolvem a ideia de que o direito deve fornecer respostas únicas, precisas e inequívocas a toda e qualquer hipótese conflituosa, como se inseridos em um sistema fechado de regras precisas e autossuficientes, com aptidão para antecipar-se às diversas maneiras pelas quais se pode decorrer conflitos, de fato partem de pressupostos que tornam inviável a convivência com a ideia de ponderação; não há, efetivamente, como se presumir que a ponderação constituirá um método que atenderá a estas expectativas.

Isto não significa dizer que não se deve compreendê-la enquanto procedimento metódico, que permita atingir um resultado controlável, sustentado na verificação de critérios racionais e cognoscíveis, atendendo, pois, as exigências de previsibilidade ínsita ao Estado de direito, e cujo o escopo seja, afinal, obter uma resposta adequada e conforme à Constituição¹⁷⁰.

Neste diapasão, supomos que conceber este procedimento como uma forma decisionista ou fundamentada é, antes de tudo, uma questão de perspectiva de quem o analisa; de nossa vista, resta claro que o estabelecimento de preferências, sem que exista uma justificação racional ancorada na Constituição, baseada apenas na

¹⁷⁰ Consoante Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1274-1275, de fato não há um padrão ou critério de solução de conflitos em termos gerais e abstratos e a ponderação no caso concreto, apesar de vizinhar-se com posições decisionistas, é uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstratos que orientem a tarefa da ponderação e harmonização concreta, p. ex., princípios da concordância prática e ideia melhor equilíbrio possível entre direitos colidentes.

concepção subjetiva do intérprete/aplicador, não é, sob qualquer aspecto, o que se pretende defender.

Como visto, o estabelecimento de preferência condicionada pressupõe a justificação fundamentada, por um lado, quanto ao grau de afetação ou não-realização de um princípio e, por outro, quanto ao grau de importância da realização de outro princípio. Nestes termos, o recurso à ponderação pretende, em última instância, identificar a regra (enunciado de preferência), cuja verificação comandará consequências jurídicas do princípio prevalecente, aplicadas de forma subsuntiva ao caso.

Com efeito, no que tange à identificação deste enunciado, deve-se colocar em perspectiva a necessidade de se distinguir o “processo psíquico” que conduz à sua definição (“descoberta”), dos elementos que se inserem no processo de sua fundamentação racional (“justificação”)¹⁷¹.

Trata, pois, de reconhecer, na fundamentação, instrumentos necessários e aptos a estabelecer limites e controles tanto quanto ao resultado da ponderação, isto é, quanto aos enunciados de preferência e, sobretudo, quanto à forma de se obtê-los¹⁷².

Na fundamentação decorrente de colisão de normas de direitos fundamentais, atentando-se para a necessária conciliação com o teor literal das disposições constitucionais, deve-se, desde logo, exigir a observância de argumentação orientada pela e na Constituição, nos bens e direitos constitucionais, que esteja atenta, ademais, aos cânones de interpretação, aos argumentos dogmáticos, aos precedentes e,

¹⁷¹ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 165, compatibiliza estes dois momentos como etapas ou processo de descoberta e de justificação. Nestes termos, apura-se em ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3°. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pp. 227-228, que tais etapas podem ser referidas dentro do desenvolvimento argumentativo pela perspectiva da justificação interna e externa, é dizer, na justificação interna promove-se uma “ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato”, são o resultado de um processo de ir e vir do equilíbrio; ao passo que na justificação externa, com vistas à fundamentação das regras necessárias para o desenvolvimento, adentra-se tanto na especificidade dos fatos e quanto nas particularidades das normas. Deste modo, a justificação interna cuida de evidenciar quais premissas (descoberta) devem ser justificadas externamente (justificação).

¹⁷² Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 173-174. Com efeito, ponderação não corresponde a um procedimento tendente a promover um direito em detrimento de outro de forma precipitada; estabelece um critério que identifica o que deve ser fundamentado racionalmente para atingir um resultado conducente à estipulação da preferência.

assim, às regras de argumentação, prática e jurídica¹⁷³.

3.1.1.2.1. A argumentação jurídica como instrumento de controle da ponderação

Como se afirmou, os instrumentos tradicionais de interpretação jurídica, embora indispensáveis, acabam, em certos casos, por se revelar insuficientes para a compreensão do sistema normativo de direitos fundamentais, particularmente nas situações de conflitos normativos, cuja delimitação do alcance de norma não seja apreendida apenas pela análise e interpretação das disposições.

Sustentando-se o raciocínio no sentido de necessidade de formação de normas de decisão (enunciado de preferência) para resolução das hipóteses sobre as quais a regulação normativa esteja estabelecida por princípios, não há dúvidas quanto ao elevado papel a ser cumprido no curso do processo de justificação que conduz à formação desta norma. É, pois, neste contexto, que as regras próprias da argumentação jurídica devem ser compreendidas, isto é, como instrumentos necessários de elaboração de justificação que oriente a solução do caso concreto.

Sendo assim, urge reconhecer que a apuração da relação dos princípios com a solução a ser conferida ao caso concreto demanda aprofundar-se na análise das formas e dos métodos potencialmente capazes de funcionar de modo eficaz no procedimento direcionado à aplicação do direito e, ao mesmo tempo, verificar a capacidade de exercer o efetivo controle sobre tais parâmetros.

Segundo uma determinada proposta de abordagem da questão, a teoria da argumentação arregimenta o discurso jurídico e o discurso prático racional geral, a fim de estabelecer formas e regras dos argumentos que sustentem sua racionalidade (logo, correção¹⁷⁴) e permitam, assim, satisfazer a exigência científica de produzir

¹⁷³ Alexy, *Teoria da Argumentação...*, pp. 219 e ss.

¹⁷⁴ Consoante Alexy, *Teoria da Argumentação...*, pp. 2-9; 281, a racionalidade e a correção estão conexas e, na medida em que a dimensão racional formal é compreendida, no âmbito do procedimento discurso, pela correção dos argumentos (entendidos assim os argumentos que observam as regras do discurso prático); assim, a correção induz à racionalidade. Deslocada para a argumentação jurídica, a pretensão de correção à racionalidade da legislação, posto que estará referida no ordenamento. Com efeito (*Ibidem*, p. 284-285), a racionalidade da ciência jurídica depende da observância de critérios, regras e condições conformadoras da argumentação, de modo a impedir a não-contradição (exigência de consistência), promover a racionalidade dos fins e pautar a verdade dos enunciados empíricos.

resultado universalizável, pautado em consensos objetivamente fundados.

Deve-se, com isto, avaliar a correlação da argumentação prática geral (cujo elenco de regras que orientam a comunicação buscam aferir a racionalidade do discurso relacionado ao agir humano, referindo-se às regras fundamentais de razão, de carga de argumentação, de fundamentação, de transição e de formas de argumento do discurso prático) no âmbito da argumentação jurídica¹⁷⁵.

Com efeito, esta vinculação com o discurso jurídico decorre, por um lado, da aproximação entre regras e as formas de ambos os tipos de discursos¹⁷⁶, bem como da parcial semelhança existente na pretensão de correção e por outro lado, da interdependência do discurso jurídico em face do discurso prático geral assim como da argumentação prática geral em face da argumentação jurídica¹⁷⁷ – desta feita, deve-se adotar a perspectiva de ser o discurso jurídico um caso especial de discurso prático racional geral¹⁷⁸, na medida em que se constitui de enunciados normativos tendenciados à correção pelo procedimento argumentativo racional.

Com este registro, a argumentação jurídica, escorada na argumentação prática geral, se erige como forma especial de enfrentar problemas advindos do sistema jurídico, promovendo o refinamento de regras específicas do discurso jurídico e recorrendo, entre outros, ao direito vigente, à dogmática e aos precedentes, que, com efeito, acabam também por reduzir as possibilidades discursivas, vinculando formas e regras específicas da argumentação jurídica¹⁷⁹.

Desta maneira, opera-se a justificação discursiva da argumentação jurídica pelas perspectivas interna e externa, objetivando, quanto à primeira, verificar se a decisão se deduz logicamente dos enunciados utilizados na fundamentação (lógica

¹⁷⁵ Alexy, *Teoria da Argumentação...*, p. 276, relaciona a utilizam-se de argumentos práticos gerais no discurso jurídico i) na fundamentação de premissas normativas requeridas para a saturação de diferentes formas de argumento; ii) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados; iii) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos; iv) na fundamentação do distinguishing e do overruling; v) na fundamentação de enunciados a serem utilizados na justificação interna.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 281-283.

¹⁷⁷ A propósito desta interdependência, já não há como se olvidar, a esta altura, o estabelecimento da compreensão segundo a qual as normas jurídicas não devem ser vistas como componentes de um sistema fechado, autossuficiente, que prescreva solução para todos os problemas, sendo inquestionáveis as dificuldades decorrentes da indeterminação e da vagueza dos enunciados, a aptidão para a produção de conflitos normativos e a necessidade obtenção de julgamentos de casos complexos, para os quais não exista precisão regulativa.

¹⁷⁸ Quanto à noção de o discurso jurídico constituir forma especial do discurso prático racional geral, representando-o assim por se constituir de enunciados normativos (prático), tendentes à correção mediante a observância de regras discursiva (racional), mas ainda vinculado ao direito vigente (especial), cfr. *Ibidem*, p. 219.

¹⁷⁹ Nesse sentido, *Ibidem*, p. 280.

do discurso), pretendendo-se o maior desenvolvimento possível para produzir o maior grau de consenso¹⁸⁰; trata-se, enfim, de identificar, a partir de regras específicas, premissas que permitam a atribuição de conclusões lógicas¹⁸¹, com a perspectiva de conduzir o preenchimento da proposição pertencente ao enunciado jurídico, indicando, assim, as circunstâncias fáticas que acionam, no sentido jurídico indicado pelo enunciado, determinada consequência jurídica.

Por outro vértice, a avaliação quanto aos mecanismos de controle de correção na identificação destas premissas se insere no âmbito da justificação externa, enquanto dimensão na qual se deve fundamentar o desenvolvimento de enunciados/premissas (particularmente aquelas que resultam de normas adscritas, isto é, não extraídas diretamente do direito positivo).

Sintetiza-se, assim, que a justificação externa tem por objeto primacial a verificação da fundamentação das premissas apuradas pela justificação interna, sobremaneira daquelas que não tenham correspondência com formulações linguísticas expressas no texto¹⁸², reconduzindo-se a seis formas distintas, que se reportam, nomeadamente: à interpretação da lei; à argumentação dogmática; ao uso dos precedentes; à argumentação prática geral; à argumentação empírica e às formas especiais de argumento jurídico¹⁸³.

¹⁸⁰ Em Alexy, *Teoria da Argumentação...*, p. 2, a formulação de consensos racionais refere-se à possibilidade de justificação discursiva segundo as regras da argumentação.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 226-229, atribui a logicidade à dedutibilidade das premissas cuja justificação será produzida externamente; admite, todavia, que a dedução não seja invocada apenas de normas do direito positivo. Todavia, em quaisquer hipóteses estará submetida à verificação da correção, mediante aplicação das regras da justificação externa, é dizer: i) regras de argumentação prática geral; ii) regras de argumentação empírica; iii) regras de interpretação; iv) regras de argumentação dogmática; v) Precedentes; vi) formas especiais de argumento jurídico.

¹⁸² Consoante Alexy, *Teoria da Argumentação...*, p. 228, é possível reconhecer três possíveis fontes para as premissas: as regras do direito positivo; os enunciados empíricos; um terceiro gênero, que não se enquadra nem num caso nem noutro. Nada obstante, ressalta que para cada tipo de premissa haverá um método de fundamentação para a justificação, isto é, para premissas decorrentes do direito positivo, a justificação consiste na conformação formal com o ordenamento, consoante critérios de validação; para premissas decorrentes de enunciados empíricos, atribui a justificação a uma metodologia um tanto fluida, que compreende desde métodos da ciência empírica até regras de atribuição de ônus da prova em processos. Interessa, contudo, a terceira hipótese, cuja justificação depende nomeadamente da argumentação jurídica, suas regras e formas.

¹⁸³ Nesse sentido ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Da hermenêutica filosófica à correção procedimental das decisões. **Revista CEJ**, Ano XV, n. 52, jan./mar. Brasília, 2011, acentua, que uma decisão que pretenda ser constitucionalmente adequada e conforme regras racionais de discurso devem recorrer a estas formas: a dogmática, promoverá uma filtragem constitucional; os precedentes, oferecem previsibilidade aos jurisdicionados; a argumentação prática promove a razão; os fundamentos empíricos, selecionam os fatos a fim de oferecerem enquadramentos de compatibilização ou incompatibilização entre casos passados e futuros; cânones de interpretação contribuem e reforçam a racionalidade da solução.

Deve-se repisar, ademais, que a interpretação se desenvolve com recurso aos cânones, nomeadamente voltados à verificação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica das normas, atrelados ao estabelecimento de parâmetros orientadores da atividade interpretativa e fundamentadores da atribuição de sentidos concretos dos enunciados¹⁸⁴.

A argumentação dogmática, por seu turno, cobra a necessidade de empreender análise conceitual (dimensão analítico-lógica), elaborar descrição do direito vigente (dimensão empírico-descritiva) e contribuir propositivamente para soluções em face de problemas jurídicos identificados (dimensão prático-normativa).

Nesse sentido, a argumentação dogmática tenderá a fundamentar enunciados, de caráter normativo, referidos, centralmente, à legislação e à jurisprudência, devendo preocupar-se em articular as distintas dimensões em um conjunto coerente, amparado em conceitos jurídicos e inserindo no âmbito da ciência do direito institucionalizada¹⁸⁵.

Todavia, deve-se ressaltar que enunciados não diretamente referidos à lei necessitam de densidade científica e, portanto, demandam que sejam apurados e que, deste processo de apuração, decorra algum consenso entre juristas e cientistas do direito – devendo, nada obstante, ser preservada a coerência com o todo, mormente evitando-se aduzir sentidos contrários à lei e à consistência sistemática¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Com efeito, Alexy, *Teoria da Argumentação...*, pp. 234-241. Com efeito, o autor (*Ibidem*, pp. 241-247), confere particular relevância em discutir o papel que tais cânones cumprem no âmbito do discurso jurídico, particularmente quanto à aplicabilidade, quanto ao status lógico, quanto aos requisitos de saturação, quanto às funções das formas, quanto à hierarquia no discurso jurídico. Assim, indica quanto à aplicabilidade, que todas as formas de argumentos (exceto a interpretação sistemática) podem ser utilizadas, nos mais distintos contextos, desde hipóteses relativas a conflitos normativos às restrições aplicativas; confere aos cânones o status de “esquema de argumentos”, contrariamente à indicação de serem regras de linguagem (Hart) ou elementos de concretização (Müller), a partir dos quais decorre logicamente um enunciado de forma determinada; a saturação, com efeito, diz respeito à completude das premissas (o que conduz à racionalidade no uso dos cânones). Quanto às funções, variam conforme tratar-se de argumentação semântica e genética (função de vinculação à lei ou à vontade do legislador), história e comparativa (função de incorporação de experiências passadas e externas), sistemática (função de eliminação de contradições) ou teleológicas (função de introdução da argumentação prática geral). Por último, a hierarquia entre os cânones coloca-se no contexto de dimensionamento do peso dos argumentos. Estas características centradas na teoria do discurso tem não mais do que a pretensão de indicar regras e formas cuja utilização proporciona caminhos à obtenção de uma resposta correta, entendível a correção pelo parâmetro da observância de aspectos racionais.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 252-253, a propósito, sustenta que a dogmática terá a missão de enunciar conceitos jurídicos, referidos a fatos institucionais.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 257-260, assenta que a definição de conceitos por enunciados dogmáticos pode derivar-se não somente de normas vigentes, mas também de enunciados empíricos e prático geral; em quaisquer circunstâncias, contudo, sujeitam-se à comprovação no âmbito do sistema (seja apurando-se a relação com enunciados já comprovados, seja apurando-se, sob a perspectiva das regras do discurso prático geral, a relação entre enunciados a serem comprovados e enunciados a serem fundamentados), a fim de constatar se estão

Percebe-se, assim, que recai sobre a argumentação dogmática um elenco de funções que, bem executados, auxiliam o empreendimento argumentativo orientado à produção e fundamentação de enunciados tendentes ao desenvolvimento da norma de decisão. Por exemplo, assim funciona quando promove *estabilização* fixando padrões institucionalizados para solução de questões práticas concretas reproduzíveis em circunstâncias fáticas análogas; quando impõe *carga de argumentação* para aplicar soluções distintas daquelas fixadas pelos padrões institucionalizados e quando autorizam a *descarga argumentativa* quando conduzir-se à aplicação de enunciados dogmáticos já comprovadamente aceitos, permitindo o *controle* sistemático entre os enunciados dogmáticos¹⁸⁷.

Ao ensejo da argumentação dogmática e a noção de padrões institucionalizados, articulados adequadamente acabam por se tornarem instrumentos de racionalidade na medida em que militam em favor da aptidão à universalização (significa dizer, favorece a necessidade de proporcionar respostas iguais àqueles que em iguais condições se encontrem).

Também assim o uso de precedentes, outra forma específica de justificação, que insere a exigência de *carga de argumentação*, isto é, uma exigência de demonstração das razões porque o argumento baseado em precedente deve(rá) ou não ser observado¹⁸⁸.

compatíveis com enunciados já aceitos, com as normas vigentes e se podem justificar juízos a serem fundamentados ou enunciados normativos singulares segundo regras do discurso prático geral – isto, com efeito, não deve conduzir à redução da argumentação dogmática à argumentação prática geral, mas sim fornecer uma base para o desenvolvimento da argumentação dogmática. Desde modo, obtém-se a comprovação sistemática do enunciado dogmático, enquanto uma das condições necessárias para sua aceitabilidade, sob pendência de justificação discursiva.

¹⁸⁷ Nesse sentido, Alexy, *Teoria da Argumentação...*, pp. 261-265, refere, como funções da dogmática, a referida promoção da *estabilização* e do *progresso*, permitindo a *descarga* argumentativa, baseada na *técnica* centrada no desenvolvimento da matéria jurídica em uma dimensão *heurística*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 269-271, atribui, também aos precedentes, a função de descarga, estabilização e progresso; são reconhecidos, neste contexto, técnicas específicas para satisfazer a carga de argumentação e, assim, justificar a não aplicação de argumentação baseada em precedentes, através do estabelecimento de distinção entre o caso concreto objeto de análise e a hipótese referenciada (distinguishing) ou a demonstração de superação da hipótese referenciada (overruling). A propósito, o CPC brasileiro (BRASIL, Lei n.º. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm), em seu artigo 489, § 1º, identifica o que processualistas brasileiros identificam como dever geral de fundamentação, no qual se enuncia, *a contrario sensu*, o que não se poder ser considerado como suficiente para a efetiva fundamentação e, no inciso VI, destaca o incumprimento deste dever quando decisão “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”, isto é, assume que a satisfação da *carga de argumentação* constitui elemento para fundamentação de decisões judiciais.

Pretende-se, com isso, que as regras do discurso, nomeadamente as regras de justificação interna e externa, cumpram a função de nortear a correção das premissas e dos resultados obtidos pela argumentação jurídica, fornecendo parâmetros racionais que favoreçam, ademais, a institucionalização do discurso jurídico e a sua universalidade e, assim, atendam exigências ínsitas ao Estado de direito democrático de proporcionar “legitimidade da legislação e controlabilidade das decisões judiciais”¹⁸⁹.

Em síntese, portanto, a argumentação revela seu caráter procedimental, na medida em que está suportada em regras e critérios tendencialmente aptos à proporcionar objetividade e racionalidade mas, também, intersubjetivo, na medida em que pretende estabelecer conclusões com pretensão de correção – embora devam estar sujeitas à refutabilidade, como condição para que sejam consensualmente aceitas¹⁹⁰.

Nestes termos, a formulação de enunciados que indiquem, v.g., a razão porque um princípio deve sofrer maior afetação ou porque outro princípio deve prevalecer, necessita estar suficientemente fundamentada, seguindo-se regras de procedimento da argumentação, de modo que, afinal, seja possível apurar, segundo estes parâmetros, particularmente aqueles fixados pela justificação externa, se o resultado obtido é discursivamente justificado, correto e racional.

3.1.1.2.2. A hermenêutica como condição de possibilidade da argumentação jurídica

Necessário esclarecer, de início, que se trata aqui de inserir a abordagem de determinadas perspectivas da hermenêutica na sua dimensão filosófica – e não propriamente como expressão sinonímia de interpretação.

Neste contexto, cumpre brevemente registrar que as implicações da perspectiva hermenêutica, nomeadamente com as formulações desenvolvidas por

¹⁸⁹ Alexy, *Teoria da Argumentação...*, p. 10.

¹⁹⁰ Alexy, *op. cit.*, p. 6, assenta que a verdade ou correção de resultados, enquanto decorrência de consensos estabelecidos discursivamente, mediante justificação apreendida pelo através da observância de regras e critérios, sujeitando-se à refutabilidade, satisfazem a exigência de racionalidade, objetividade e universalidade.

Gadamer¹⁹¹, serviram de substrato filosófico para proposições jurídicas particularmente críticas à determinadas concepções de positivismo e também de teorias argumentativistas, de modo que cumprem, sobretudo no direito brasileiro, uma função acentuadamente crítica quanto ao modo como se concebe o direito e se o aplica.

Com efeito, vê-se que a hermenêutica filosófica, tal como inserida na teoria do direito, propõe captar a ontologia do direito, isto é, a compreensão do seu sentido, percebendo-o como objeto em permanente constituição e desenvolvimento¹⁹².

Neste sentido, aduzir esta dimensão compreensiva acerca do direito, em detrimento de uma abordagem que identifique o direito como objeto dado, pronto, impinge especial papel à interpretação e à aplicação do direito, porque é através deste recurso que se configura o direito.

Assim, se reconhece o texto como o ponto de partida (embora, deva-se reconhecer, aqui também, como limite) da interpretação, e o aplicador deve se guiar a partir dele, mas não restrito a ele, para fornecer a solução concreta, ou noutros termos mais específico, a decisão judicial. A filosofia hermenêutica, contudo, não propõe um método, um procedimento ou uma técnica específica para tanto.

Estabelece, sim, uma abordagem ontológica ampla quanto à compreensão, particularmente no âmbito do direito, referida à interpretação, enquanto ato tendente à aplicação do direito.

Com esta percepção, na medida em que a hermenêutica supõe que o sentido do direito antecede ao texto¹⁹³, o interpretar não se vincula a depreender sentido do texto, mas apurar algo que o antecede, determinado pela tradição e não por atos

¹⁹¹ Enfatiza-se, aqui, a teoria hermenêutica do direito sustentada por STRECK, Lênio Luis. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2.º Ed., rev., ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

¹⁹² Simplificando as concepções ontológicas do jurídico, coloca-se de um lado os que percebem o direito como objeto dado e acabado e, de outro, os que percebem o direito como objeto em permanente e contínua autorecriação. Para os primeiros, direito é objeto que antecede a atividade de aplicação, é feito antes que entre em jogo quem interpreta e aplica, é um dado a ser revelado; para o segundo grupo, direito resulta da sua interpretação e aplicação; estes são instrumentos da produção do direito, de sua realidade constitutiva; direito não se entende como dado, mas como algo construído. Com esta abordagem, cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Filosofía hermenéutica y derecho**. p.3. Acessível em: <http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf>.

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 9; 14; 16-17.

subjetivos de escolha ou decisão acerca de algum sentido a ser desenvolvido¹⁹⁴.

Deste modo, a abordagem hermenêutica concebe a interpretação como práxis mediada pelo compreender, isto é, a pré-compreensão antecede a interpretação, é sentido prévio que orienta e limita a atividade interpretativa. Isto, todavia, não conduz à proposta metodológica de regras para a interpretação – tampouco não parece se tratar de algo que a hermenêutica pretenda oferecer¹⁹⁵ – mas fornece, a nossa vista, questionamentos e aportes que podem ser aproveitados para a abordagem argumentativista adotada¹⁹⁶.

Deve-se ressaltar, neste aspecto, que a hermenêutica, influenciadas pela viragem promovida pela filosofia da linguagem¹⁹⁷, absorve a natureza ontológico-existencial da interpretação como ação compreensiva que conjuga fatores históricos e culturais na construção intersubjetiva de significados linguísticos forjados socialmente¹⁹⁸.

Com efeito, este ponto de viragem invoca a mudança na compreensão do sistema jurídico e dos padrões normativos reconhecíveis no âmbito do direito e a ampliação do papel de abordagens metajurídicas, como a moral e a política, no embasamento do direito pressuposto – o que reverbera, também, no desenvolvimento argumentativo.

Tais alterações propiciam, ademais, a modificação da forma como se apreende

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 18; 20, situa que, sob este aspecto, desenvolver interpretação adequada exige colocar em suspenso pré-juízos próprios, pretendendo que o modo de pensamento que rege a atividade interpretativa possua caráter aberto e esteja acessível à construção dinâmica e coletiva da verdade possível.

¹⁹⁵ Neste sentido, NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico**: da interpretação jurídica - I. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 48-49.

¹⁹⁶ Não se nega que a hermenêutica renega a possibilidade argumentativa de obtenção de resultados racionais justificados pela observância de regras de procedimento, em um modelo normativo de racionalidade e objetividade da interpretação, apoiando-se na existência de sentido prévio. Nada obstante, consoante García Amado, *Filosofía hermenêutica...*, pp. 13; 23, é possível vencer a aparente incompatibilidade radical entre argumentação e hermenêutica, se admitir-se que a hermenêutica (filosofia hermenêutica) aporta uma consequência mais profunda das determinações operantes sobre qualquer interpretação e dos limites de qualquer pretensão de objetividade ao passo que a argumentação oferece melhores orientações para eliminar a arbitrariedade judicial, se desenvolvida em horizonte hermenêutico.

¹⁹⁷ Neste sentido, cfr. Alexy, *Teoria da argumentação...*, p. 13, quanto à correlação da argumentação com a reviravolta linguístico-pragmática. Acerca do termo Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica...*, pp. 88-89, refere como “linguistic turn” a perspectivação linguística de todos os fenômenos e problemas culturais (em níveis filosóficos, metodológicos e epistemológicos), que ou são problemas de linguagem ou se resolvem por instrumentos linguísticos.

¹⁹⁸ Bruno Torrano, *Da hermenêutica...*, pp. 53-54, assenta que o ato de interpretação hermenêutico circulariza-se entre o todo significante que se antecipa à parte individual (círculo hermenêutico) determinando um significado socialmente construído a partir de linguagem intersubjetivamente compartilhada.

a ciência jurídica e o papel que ela desempenha na sociedade, reconhecendo-se, de forma decisiva, o viés prescritivo das normas, de modo a sedimentar a percepção do direito como instrumento de determinação de comportamentos e condutas, voltados à realização daqueles valores metajurídicos que o subjazem e que, ao fim e ao cabo, justificaram a positivação de tal e qual disposição normativa, nomeadamente as de cariz jusfundamental.

Em questões normativas, a hermenêutica dá ensejo à percepção de que são os princípios constitucionais que prevalentemente estabelecem a antecipação de sentido necessária à realização daquilo que a comunidade política constrói e concebe como direito¹⁹⁹; portanto, não podem ser vistos como meros vetores corretivos quando há insuficiência de regras, mas verdadeiras normas que condicionam a realidade e resgatam a faticidade do Direito²⁰⁰.

Necessário salientar, contudo, que não se atribui suficiência à hermenêutica para estabelecer a compreensão e racionalização do direito a ser aplicado, nomeadamente porque ela refuta a perspectiva de estabelecimento de método normativo de interpretação. Isto não conduz, paradoxalmente, à recusa da possibilidade de depreender uma correção objetiva do direito, ainda que referida ao processo compreensivo, tampouco deve afastar o controle de arbitrariedade através de procedimento argumentativo e racional, que favoreça, pela intersubjetividade, a formação de consensos²⁰¹.

Nesta medida, temos que orientar-se metodologicamente representa, sim, uma opção adequada e passível de compatibilizar-se com a ideia de não se satisfazer com a possibilidade de a ciência do direito deixar de empregar esforços para retirar a centralidade da subjetividade de aplicadores oficiais do direito.

Desta forma, tem-se por certo que atribuir sentido ao texto normativo e

¹⁹⁹ Bruno Torrano, *Da hermenêutica...*, pp. 54-56, indica que no contexto da interpretação circular hermenêutica, os princípios são o todo que se antecipa ao individual, revelando, portanto, a intencionalidade política e normativa do direito.

²⁰⁰ Assim é que, para STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*. vol. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>, p. 358, “os princípios (re)inserem a faticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento. Deste modo, proporcionam que a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, que é condição de possibilidade, publicize o sentido que será intersubjetivamente controlado, e que tenderá a manter a coerência e integridade do direito”.

²⁰¹ García Amado, *Filosofia hermenêutica...*, pp. 20-21.

estabelecer a norma jurídica consistem, inegavelmente, atividades complexas que não se limitam à imputação radicada na mera análise linguística de enunciados; exige-se a argumentação, o desenvolvimento racional, e, enfim, recorrer à tarefa ponderativa para resolução de hipóteses para as quais a ordem jurídica positiva não seja suficientemente determinada; e, em qualquer circunstância, exige-se reconhecer e submeter-se às limitações inerentes à condução destas atividades no âmbito de Estado de direito. A argumentação, compreendida com este propósito, incorpora a hermenêutica como condição necessária para o empreendimento que conduza à formação da norma de decisão com pretensão de correção²⁰².

Deve-se, afastar, ainda, da indesejável atribuição voluntarista de sentidos e significados; bem por isto se admite que a hermenêutica se insira como uma condição de possibilidade da argumentação jurídica²⁰³, na medida em que se reconduza a uma etapa dentro do procedimento, voltado a um “momento da realização normativa” que se orienta e compatibiliza-se com o propósito de alcançar respostas corretas, do ponto de vista da justificação racional, e adequadas à Constituição, priorizando a obtenção de proposições normativas válidas e aplicáveis na resolução de casos concretos.

Tem-se, em suma, que a consequência da hermenêutica é a asserção de que a interpretação jurídica deve considerar o direito como um todo, a partir de suas implicações de integridade, coerência normativa e consistência como mecanismo auxiliares de racionalização do discurso tendente à formação de norma de decisão, pretendendo retirar excessos de subjetivismos que, eventualmente, podem, inadvertidamente, se inserir na argumentação jurídica, nomeadamente no momento em que se empreende a tarefa de captação dos enunciados-premissas, no âmbito da justificação interna do processo argumentativo.

²⁰² Bruno Torrano, *Da hermenêutica...*, p. 57, estabelece, pois, que a correção, considerada pela possibilidade de justificação racional dos argumentos propostos, deve pressupor também, a antecipação de sentido daquilo que a comunidade constrói como direito.

²⁰³ *Ibidem*, p. 57-59, neste sentido, certifica que atribuir à hermenêutica filosófica a capacidade de atingir objetivos constitucionais, limitando decisionismos, não deve conduzir à conclusão que a realização normativa compreende ato estritamente hermenêutico; assim é que, diante do caráter normativo do direito, a interpretação normativamente constitutiva, não se reconduz a uma abordagem ontológico-interpretativa. Deste modo, a hermenêutica se compreende como um momento de realização normativa; entretanto, por se tratar a aplicação do direito de fenômeno complexo, dotado, também, de momentos metodológicos de concretização, torna-se imprescindível submeter-se a procedimento orientado à pretensão de correção, que funcione a filtrar a racionalidade de enunciados comunicativos de modo a estabelecer de correção normativa e respostas adequadas à Constituição, sujeitas, ainda, a abertura ao controle racional de decisões judiciais.

3.1.2. Conflitos, derrotabilidade normativa e ponderação

Colocando-se a ideia de colisão, *grosso modo*, sugere-se a existência de antagonismo entre duas normas incidentes sobre uma circunstância concreta, cada qual propondo uma regulação em alguma medida contraditória entre si, isto é, decorre colisão quando os âmbitos de proteção de normas distintas chocam-se na pretensão de garantir a realização e a proteção de um e outro direito, sobrepondo-se ou incompatibilizando-se²⁰⁴.

Todavia, a noção exige maior sofisticação para apreensão da colisão normativa a partir da compreensão da estrutura das normas, de modo que, a mesma explicação pode ser fornecida quando se conclui que o conflito decorre do antagonismo entre unidades deônticas, mais precisamente, da incompatibilidade dos efeitos jurídicos localizados na estatuição das respectivas normas, impedindo que sejam simultaneamente aplicadas²⁰⁵.

Necessário ressaltar, outrossim, que a ativação das consequências legais – isto é, dos efeitos jurídicos contidos na estatuição – depende da satisfação dos pressupostos presentes na previsão, razão porque a existência de conflitos exige a ocorrência de sobreposição das previsões (e dos respectivos pressupostos) e não apenas a verificação da incompatibilidade das consequências jurídicas²⁰⁶ – que podem decorrer da contrariedade entre os modais deônticos relacionados na estrutura

²⁰⁴ Em semelhante sentido, ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: Introdução Geral. Estoril: Principia Editora, 2007, pp. 116-117, identifica a colisão nas hipóteses em que a proteção de um direito fundamental colide com a de um direito fundamental de terceiro ou com a necessidade de proteção de outros bens e interesses constitucionais. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1240, destaca que deve haver pelo menos dois bens reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que não podem ser realizadas ou otimizadas em todas suas potencialidades.

²⁰⁵ Neste sentido, DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. In: ALVES, João Lopes *et al.* (Org). **Liber Amicorum de José de Souza e Brito em comemoração do 70º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Lisboa: Almedina, 2009, p. 161. Adverte, contudo, que tal hipótese depende do reconhecimento de “conexão material” entre as normas conflitantes, isto é, quando possuem similares condições de aplicabilidade, havendo identidade dos elementos estruturais da norma, exceto quanto aos efeitos contidos na estatuição; por isto mesmo, registra que a incompatibilidade produtora de conflitos está precipuamente conexiada é mesmo com os pressupostos contidos na previsão.

²⁰⁶ David Duarte, *op. cit.*, pp. 162-163, demonstra, ainda, que a incompatibilidade poderá assumir distintos tipos, a depender dos pressupostos identificados na previsão das normas em conflito; exemplificativamente, demonstra que entre duas normas pode se verificar conflitos parcial ↔ parcial ($C1 \wedge C2 \wedge C3 \leftrightarrow C1 \wedge C2 \wedge C4$); parcial ↔ total ($C1 \wedge C2 \wedge C3 \leftrightarrow C1 \wedge C2$); total ↔ total ($C1 \wedge C2 \wedge C3 \leftrightarrow C1 \wedge C2 \wedge C3$).

da norma (uma permitindo, outra proibindo, v.g.) ou do próprio efeito jurídico pertencente à estatuição.

Verifica-se, neste ensejo, que a morfologia normativa dos princípios caracteriza-os pela expansividade e indeterminação quanto às hipóteses legais (isto é, aos pressupostos da previsão), de modo que o conflito normativo decorrerá da tendencial aptidão para que condições que sejam comuns a distintos princípios estabeleçam a ativação de consequências jurídicas incompatíveis das respectivas normas²⁰⁷.

É preciso observar, desde logo, que não se está a tratar, neste espaço, de questões relativas aos conflitos aparentes de normas, prontamente resolúveis pelos critérios tradicionais, como especialidade, hierarquia ou cronologia. Neste sentido, a abordagem que se prefere condiz com as situações em que haverá, de fato, conflito normativo, segundo os parâmetros identificados.

A partir disto, torna-se possível tratar das possibilidades de enfrentamento destes casos, isto é, do emprego da ponderação para obtenção de solução, posto que constitui a derradeira maneira para solucionar conflito normativo concreto (parcial ↔ parcial), na medida em que não já se verifica a possibilidade de critérios de solução de antinomias se empregarem eficazmente nestas circunstâncias²⁰⁸.

Sob este aspecto, portanto, o conflito normativo em que se exige a ponderação como forma resolução tendente à identificação da norma aplicável ao caso decorrerá da admissão da “normative *defeasibility*”²⁰⁹.

²⁰⁷ Tratar-se-á de uma colisão de tipo parcial ↔ parcial. Neste sentido, cfr. David Duarte, *Rebutting defeasibility...*, pp. 164-165.

²⁰⁸ Neste sentido, *Ibidem*, pp. 167; 169. Admitindo a condição apontada, Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 116-117, assenta que a solução para a colisão de direitos deve se buscar mediante harmonização e concordância prática, sendo certo, contudo, que em certas circunstâncias não se poderá escapar à ponderação e à proporcionalidade para se obter a solução que, eventualmente, significará a cedência total de um direito em face de outro.

²⁰⁹ André Rufino, *A estrutura...*, pp. 133-135, ressalta, com efeito, que afirmar a “derrotabilidade” de uma norma jurídica significa afirmar que ela está sujeita a exceções não exaustivamente identificadas previamente (implícitas, portanto), de modo que não se revela possível predizer quais serão as circunstâncias que sua aplicação será determinante e suficiente. A derrotabilidade, neste sentido, guardaria alguma semelhança com a noção de norma “prima facie” e de “norma aberta”, identificando, em todo caso, a imprevisibilidade das exceções à aplicação de uma norma. A respeito da concepção acerca da derrotabilidade, GUASTINI, Riccardo. Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario. Trad. Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º. 27, 2004, p. 256, relaciona nos seguintes termos: “*uma norma é derrotável quando admite exceções implícitas, não estabelecidas pela norma em questão, nem por nenhuma outra do ordenamento, e portanto indeterminada*”.

Com efeito, a derrotabilidade normativa, ao se escorar na impossibilidade de previsão antecipada de todas as exceções existentes à aplicação da norma, exige admitir enunciados condicionais derrotáveis – independentemente de se tratar de regra ou princípio – isto é, admite-se a possibilidade de sobrevir uma exceção imprevista, ainda que a situação fática esteja estruturada de forma fechada, de modo que a consequência jurídica descrita poderá, eventualmente, não decorrer como se previu inicialmente²¹⁰.

Portanto, exsurge para os direitos fundamentais a premência de assentar a ponderação em face da inevitabilidade da potencial ocorrência da derrotabilidade das normas que os consagram e, para isto, estabelecer premissas adequadas para orientar o procedimento que consagra soluções concretas²¹¹.

3.1.3. A ponderação como critério para formação da norma de decisão do âmbito de direitos fundamentais

Como largamente perpassado no curso desta investigação, assume-se a perspectiva segundo a qual a estruturação principiológica das normas acaba por ampliar o espectro de possibilidades da regulação normativa e, em consequência, reduz o grau de determinação, à partida, do conteúdo em que se sustenta o direito fundamental²¹².

Desnecessário afirmar que este desenvolvimento de normas, nomeadamente em matéria de direitos fundamentais, deve enfrentar desafios decorrentes do grau de abertura desta tipologia normativa – de natureza semântica (decorrente da própria

²¹⁰ André Rufino, *A estrutura...*, pp. 135-137. Também assim: David Duarte, *Rebutting defeasibility...*, p. 173; GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n.º. 31, 2008, pp. 145. Com efeito, estabelecido desta forma, é factível concluir que a estrutura normativa, apesar de orientar, não teria o condão de determinar o modo pelo qual a norma será interpretada e aplicada. A rigor, ambas as espécies podem vir a fornecer razões *prima facie*, entrar em colisão na dimensão do peso e serem aplicadas por métodos subsuntivos ou ponderados.

²¹¹ Assim, David Duarte, *op. cit.*, pp. 171-173, quando sustenta que a *rebutting defeasibility* (algo como refutação da derrotabilidade) como caso operativo de derrotabilidade normativa, indica que a circunstância de conflito normativo apenas resolúvel pela ponderação indicará a consequência legal daquela norma que prepondera, isto é, que tiver maior peso.

²¹² David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 130, realça, neste mesmo sentido, que em virtude da regulação por princípios, constitui-se “zonas no conjunto normativo” em que a norma aplicável é só uma indicação de uma solução, insuficiente, portanto, para determinação do efeito de dever ser.

compreensão de expressões dotadas de vagueza quanto ao seu sentido semântico) ou estrutural (decorrente da impossibilidade de identificação da conduta estatal exigível) – que, ao final, carecem de ser superados para que se possa adscrever um conteúdo jurídico determinado, correlacionando-se, de forma coerente, com os enunciados linguísticos contidos no texto²¹³.

Com efeito, sucede que a ponderação, objeto do último teste da proporcionalidade, se torna inevitável em face de circunstância potencialmente expansiva de direitos fundamentais, apresentando-se como medida de adoção necessária. Sob este aspecto, portanto, tem lugar quando estiver em causa a necessidade de mediar soluções jurídicas conflituosas, cujos resultados potenciais sejam igualmente válidos e, em alguma medida, antagônicos, exigindo-se que se identifique o grau de encurtamento do âmbito de proteção de determinada norma em detrimento de outra, mediante atribuição de uma precedência condicionada para o caso concreto²¹⁴.

Em síntese, como assentado, a “lei da ponderação” exige que a medida de não-satisfação ou afetação de um princípio deve corresponder à medida de satisfação de outro e, portanto, a redução do âmbito regulativo do primeiro decorre diretamente da importância concreta de satisfação do segundo. Neste passo, a solução a ser formatada no caso concreto, resultante, em última instância, da ponderação, constituirá a norma concreta de decisão a ser aplicada para solucionar a hipótese conflituosa²¹⁵.

A norma de decisão que ora se sustenta é, nesta configuração, uma norma que se forma a partir do caso concreto, estabelecendo os pressupostos em decorrência da circunstância fática subjacente, projetando a previsão de forma exaustiva, de modo que a implementação dos pressupostos conduz, inexoravelmente, à realização dos

²¹³ Alexy, *Teoria dos Direitos...*, pp. 70-73, assenta, para tal efeito, que a adscrição executa-se orientada por relações de refinamento - que cumpre precisamente a função de eliminar indeterminações também, de fundo semântico, ou de fundo normativo – e de fundamentação que permitem atribuir uma norma (não estabelecida) à outra norma (diretamente estabelecida), e que, ao final, produza norma válida, cuja aferição depende de haver correta fundamentação referida a direitos fundamentais. David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 131, refere quanto à norma de decisão um “processo complexo” que compreende i) a determinação semântica das normas; ii) a resolução das concorrências; e iii) a criação da norma de decisão propriamente dita.

²¹⁴ A relação de precedência colocada no caso concreto, reconduz-se, consoante Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1241, à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios colidentes.

²¹⁵ Neste sentido, *Ibidem*, p. 1237.

efeitos jurídicos decorrentes da estatuição²¹⁶.

Na medida em que a ponderação pressupõe que os resultados na estipulação de precedência decorram da fundamentação correta quanto ao grau de afetação de um princípio e quanto ao grau de importância de outro princípio, a correlação dos fatos com a precedência que se atribui por meio da argumentação, possibilita que a mesma solução jurídica individualizada seja aplicada quando em causa estiverem os mesmos fatos ou, melhor dito, os mesmos pressupostos da previsão, bastando que a seleção dos pressupostos a constarem da previsão se repitam em casos distintos.

Desta feita, no contexto de formação de uma norma de decisão, a partir do resultado da ponderação, ter-se-á a configuração normativa em que os pressupostos normativos da previsão, uma vez preenchidos, acionam, com o mesmo sentido deontico, as mesmas consequências jurídicas²¹⁷.

Cumprir registrar que, neste contexto, as circunstâncias fáticas podem ser projetadas ao âmbito de uma norma aplicável, isto é, contida no ordenamento, assimilando outras previsões que, entretanto, devem guardar pertinência lógica e temática com os pressupostos fáticos contidos na previsão da norma de decisão aplicável²¹⁸.

²¹⁶ David Duarte, *A norma de legalidade...*, pp. 147-148; 251, indica, no processo de formação da norma de decisão baseada na ponderação, o estabelecimento de uma proposição de individualização normativa, que tem caráter "sintético estipulativo", cuja validade decorre do consenso formado acerca dela. Assim, prossegue (*Ibidem*, p. 265), a norma de decisão é estabelecida seguindo-se à ponderação, cujo resultado define a preferência de um dos efeitos decorrentes da estatuição, obtém-se os pressupostos colhidos à partir das previsões, mediados pelo operador indicativo da modalidade do dever-ser. Reis Novais, *As restrições...*, p. 334, à guisa deste raciocínio, deixa claro que a ideia subjacente à lei da colisão e do estabelecimento de precedência é de que as condições segundo as quais um princípio sobrepõe outro formam a previsão normativa de uma regra de preferência, cuja estatuição reflete a estatuição do princípio prevalecente que será, ele próprio, apenas fundamento desta regra ou norma de decisão formada e reveladora do conteúdo definitivo

²¹⁷ Pretende-se, aqui, adotar a conclusão obtida por David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 129, segundo a qual a norma de decisão é, simultaneamente, uma solução para o caso e um conteúdo explicativo da solução, para todas as demais hipóteses em que estiverem verificadas as mesmas propriedades normativas, atingindo-se, assim, o objetivo da universalidade e da cientificidade e revelando dupla natureza, decisória e normativa. Esta conclusão prende-se com a ideia segundo a qual as condições que indicam a precedência no caso concreto constituem o suporte fático de uma regra que delimita a consequência jurídica do direito precedente. Expõe esta conclusão Alexy com o exemplo do famoso caso Lebach, por meio do qual o Tribunal Constitucional Federal Alemão vedou a divulgação de documentário acerca da participação de crimes do autor, após o cumprimento da pena, com o fundamento na proteção da personalidade, adscrevendo uma norma de direito fundamental da proteção da personalidade, estruturada como regra, preenchendo o suporte fático (previsão) com quatro condições (notícia repetida; não revestida de interesse atual; grave crime; risco de ressocialização) que, uma vez preenchidas, comandavam a produção do resultado (efeitos jurídicos da estatuição), qual seja, proibição da divulgação da informação. Neste sentido, cfr. Alexy, *Teoria dos direitos...*, pp. 99-102.

²¹⁸ David Duarte, *op. cit.*, p. 153, obtempera a correlação da previsão contida na norma de decisão com a norma aplicável mediante uma relação de acréscimo ou complementariedade, na qual se acrescem pressupostos que

Assim sendo, pode-se sustentar que a norma de decisão funcionará semelhantemente à norma adscrita²¹⁹, por meio da qual são identificadas de forma precisa o sentido do dever jurídico, as hipóteses constantes de previsão e da estatuição, configurando, portanto, um enunciado normativo com estrutura de regra, aplicável à circunstância concreta e, de todo modo, apta a regular quaisquer hipóteses em que os mesmos pressupostos estejam em causa.

Evidentemente que não é compatível com as revelações do Estado de direito a atribuição de sentidos de forma solipsita pelos intérpretes do direito, quanto menos pelos órgãos estatais incumbidos de sua aplicação. Por isto mesmo a obtenção deste resultado e o processo de desenvolvimento da norma de decisão (ou mesmo da adscrição) revelador de conteúdos de direito fundamental deve estar estabelecido e conformidade com os parâmetros do procedimento metódico da proporcionalidade.

Nesse sentido, o critério para identificação da fundamentação correta exige revela, dentre outras exigências já apontadas, a manutenção da coerência com o texto das disposições de direitos fundamentais, adaptabilidade ao influxo dos precedentes formados, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional e, de modo geral, a observância às regras de argumentação jurídica.

3.1.4. Proporcionalidade como controle do excesso (Übermaßverbot) e da insuficiência (Untermaßverbot)

Remontando a digressão histórica de formação de Estados sob a regência de constituições e leis limitadoras do exercício do poder político, em cujo contexto se avultava a exigência de a atuação pública estar condicionada à observância de leis

sejam resultantes de uma versão hipotética dos fatos relevantes para o caso; e de especificação, na qual os pressupostos acrescentados à primeira não se somam, antes pormenorizam, os pressupostos da segunda.

²¹⁹ Com constatação semelhante, David Duarte, *A norma de legalidade...*, p. 129, nota 5, embora acabe por estabelecer um ponto de distinção ao assentar que, diferentemente do que se entende relativamente à norma adscrita, a posição que assume quanto à norma de decisão recusa a possibilidade de se concebê-la como parte integrante do conjunto normativo, sendo mesmo uma afirmação da ciência (cfr. *Ibidem*, p. 154-155). Quanto à espécie, se coloca a necessidade de se estabelecer uma relação de “refinamento” entre a norma diretamente estabelecida na constituição e a norma adscrita, de modo que esta seja capaz de eliminar a indeterminação estrutural contida naquela, apuramento possível por decorrência de uma relação de “fundamentação” existentes em uma e outra. Deste modo, a adscrição correta de conteúdo será aferida a partir do instante em que se assume possível atestar a validade da norma adscrita, isto é, quando for possível uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. Nesse sentido, Alexy, *Teoria dos Direitos...*, p. 74.

gerais e abstratas, produzidas por representantes do povo, democraticamente escolhidos, incumbidos, ao menos numa primeira quadra temporal, da tutela do exercício das liberdades individuais, da propriedade privada, é possível compreender as raízes para o estabelecimento de obstáculos à atuação estatal arbitrária ou excessiva o que revela, em síntese, a necessidade de controlar a intromissão do Poder público, particularmente centrada na demanda por comportamento negativo ou, melhor dito, por uma postura não conducente à afetação do domínio de direitos individuais por parte do Estado²²⁰.

Com o advento deste contexto, a proporcionalidade insere-se na ordem jurídica como padrão de controle de comportamentos estatais – vinculada nomeadamente no âmbito dos direitos fundamentais – vocacionada a promover o controle quanto à afetação destes direitos, particularmente quando verificados comportamentos estatais impregnados por excessos normativos e previsões arbitrárias e atentatórias aos direitos individuais.

Ocorre que, também acompanhando a evolução porque perpassou a noção que estabelecemos para o conteúdo do Estado constitucional, a compreensão do controle exercido pela proporcionalidade experimentou variações, passando a abranger não apenas o controle da atuação positiva do estado, tendencialmente apta a afetar a esfera das liberdades individuais de forma arbitrária, mas passando a incidir, outrossim, em outras facetas da ação estatal, igualmente aptas a claudicar direitos fundamentais, é dizer, particularmente o comportamento leniente do Estado, o incumprimento de tarefas que lhe são constitucionalmente atribuídas e que são voltadas ao adimplemento de deveres positivos relacionados à pretensão dos indivíduos de ver tutelada sua liberdade e igualdade materiais²²¹.

²²⁰ Com esta associação, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 96-97; 266-267 ressalva que a proporcionalidade ou proibição do excesso tem fundamentação divergente, ora reconduzindo-se à derivação do Estado de direito, ora conectando-se aos direitos fundamentais.

²²¹ Nesse contexto, salienta Dimoulis, *Teoria Geral...*, p. 145 que a moderna noção de intervenção estatal em sede de direitos fundamentais alcança toda e qualquer ação ou omissão estatal, de modo que pode-se verificar a intervenção também por meio de ações e omissões que atinjam a liberdade garantida de forma indireta, bastando que a ação ou omissão estatal crie obstáculo, ainda que parcial, à prática de comportamento circunscrito ao âmbito de proteção de um direito fundamental. CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales**. Mexico: Comisión Nacional de los derechos humanos, 2008, p. 117, enfatiza que o controle da ação insuficiente abrange todas as hipóteses relacionadas aos direitos à prestação, isto é, direitos à proteção, à prestação material (ditos direitos sociais) e à organização e procedimento.

Neste contexto, a proporcionalidade conforma-se também com viés de controle da ação estatal insuficiente²²², isto é, quando está a decorrer a fragilização de direitos fundamentais pelo incumprimento do dever de proteção dirigido ao Estado, para adotar medidas necessárias, seja de ordem normativa seja de ordem material, à garantia do nível de proteção adequado de direitos fundamentais²²³.

Com efeito, precisamente quando se está diante de uma ação legislativa interventiva em direito fundamental à proteção que impõe ao legislador opostamente, na realização do objeto, demanda-se a efetivação de controle da intervenção segundo os parâmetros conferidos pelas submáximas da proporcionalidade – particularizando-se tal hipótese, pelo fato de a intervenção decorrer tanto de uma ação (existência de norma legal que não protege deficientemente o direito fundamental) quando de uma omissão, isto é, uma abstenção legislativa – uma vez comprovada que o comportamento estatal é inidôneo para proteção do direito²²⁴.

²²² Quanto ao ponto, Bernal Pulido, *Fundamento...*, p. 168, assinala que, enquanto a proibição da proteção deficiente atua no âmbito das intervenções legislativas dos direitos sociais, a proteção contra o excesso aplica-se no âmbito dos direitos de defesa. Ademais, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 273, ressalta que a verificação da insuficiência de juridicidade estatal deverá ter em conta a natureza das posições jurídicas ameaçadas e, ainda, a intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. Nesta ordem de ideias, Gomes Canotilho, (*op. cit.*, p. 519), reverbera que, normas deste jaez, apontam para o dever do legislador de dar operacionalidade prática a imposições normativas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Com efeito, se o legislador não é inteiramente livre quanto ao cumprimento destas imposições, dispõe, em contrapartida, de liberdade de conformação quanto às soluções normativas concretas, ao modo organizatório e a gradualidade das concretizações. Nada obstante, conforme se depreende de excerto de voto de Min. Gilmar Mendes, na oportunidade em que esteve em julgamento a ADI n.º 3510/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.510/Distrito Federal (DF). DJ 27/05/2010. Rel. Min. Ayres Britto, Pleno), na qual se discutiu a utilização de célula tronco embrionária para fins científicos, “[...]ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais [...]”. No ponto, CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 122-123, ressalta que deveres de proteção constituem o “se”, ao passo que a proteção da insuficiência representa o “como”, isto é, prevê-se o dever de atingir o resultado e não a forma como será atingido; nada obstante, referida a existência de dever do resultado, deve-se verificar se a maneira que se pretende alcança-lo é suficiente, se satisfazer exigências mínimas de eficiência, de modo que a eficácia da proteção é integrante do conteúdo do dever de proteção.

²²³ A questão, nestes termos, é colocada por Canaris, *Direitos Fundamentais...*, p. 66, para quem a tarefa da realização dos imperativos de tutela dos direitos fundamentais pelos órgãos jurisdicionais depende de saber se há correspondentes deveres de proteção.

²²⁴ Assim, é que PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. pro. José Cascajo Castro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2005, pp. 801-802, assenta que a intervenção dos poderes públicos nos direitos de proteção em sentido amplo (envolvendo direitos destinados à garantir o desfrute efetivo da liberdade, a prover os meios necessários para o seu exercício e para satisfação de necessidades básicas mediante implemento dos direitos sociais e disposição de procedimentos e organização institucional indispensáveis para tutela dos direitos fundamentais), deve observar as exigências da proporcionalidade para se fazer compatível com a constituição. A propósito, sintetiza, o autor (*Idem, El principio de proporcionalidad...*, pp. 803-805; *Idem, Fundamento...*, pp. 170-172), que a proteção

Assim, a proibição contra a proteção deficiente terá lugar para controlar tanto a atuação estatal negligente, quanto a completa omissão estatal na atuação para satisfação de direito social, isto é, quando as medidas estatais ou regulamentações sejam inidôneas para efetivação da proteção que o Estado esteja obrigado ou quando permaneça totalmente omissa na tarefa de realizá-los²²⁵.

É possível, deste modo, verificar a existência de dois pontos extremos a vincular a atuação estatal, particularmente no âmbito legislativo, isto é, dois limites, situando bandas máximas e mínimas, que circunscrevem a margem dentro da qual o legislador pode movimentar-se, estando, contudo, vinculado de modo a não avançar

se estrutura normativamente com as mesmas submáximas da proporcionalidade, isto é, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que se apresentam como critério de determinação do conteúdo dos direitos sociais. Assim, desenvolve a proporcionalidade, na vertente da proibição da proteção deficiente, a partir dos testes já amplamente reconhecidos, nos seguintes termos: i) o subprincípio da idoneidade, prende-se a analisar a existência de uma omissão estatal absoluta ou relativa e a justificativa constitucional para não promover a realização de um fim legislativo constitucionalmente legítimo, **impedindo-se, pois, a não satisfação arbitrária dos direitos a proteção em sentido amplo**. Restará inidônea a ação insuficiente ou a omissão que não favoreçam a realização do fim constitucional; ii) pelo subprincípio da necessidade, certificar-se-á se a omissão estatal, absoluta ou relativa, é necessária, ou, de outro modo, se há outra conduta estatal que possa ser adotada que não afete de forma tão intensa a realização do fim constitucionalmente fixado; iii) por derradeiro, no subprincípio da proporcionalidade no sentido estrito da proibição de proteção deficiente, há de se analisar se a justificativa para a omissão estatal para a proteção do direito de proteção possui maior ou menor peso do que o fim perseguido com a implementação ou maior tutela do direito social. Assim, haverá a desproporcionalidade quanto o grau de favorecimento do fim constitucional for inferior ao grau de não realização do direito fundamental de proteção [grifo nosso]. SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres de proteção do Estado de proteção de direitos fundamentais**: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 599; 604, diverge quanto ao ponto, especificamente no que tange à submáxima da necessidade, defendendo que na proibição da insuficiência deve-se operar a ideia de eficácia ou efetividade. Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad...*, propõe a reconstrução das máximas da proporcionalidade no âmbito da proibição da ação deficiente – particularmente das submáximas da idoneidade e da necessidade, pp. 121-122.

²²⁵ Assim, CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidade. In: SIECKMANN, Jan-R.(ed.). *La teoria principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 175. Nesse sentido, também, Bernal Pulido, *Fundamento...*, pp. 170-171, que salienta o fato de que, geralmente as intervenções do Estado neste âmbito não se concretizam por meio de ações, mas pela conduta omissiva – no âmbito legislativo ou administrativo – parcial, quando a proteção revela-se insuficiente ou quando há uma abstenção completa para atuar. Nada obstante, compreendemos a possibilidade de se estabelecer, a partir de uma teoria de tal modo formatada, que princípios enunciam razões para normas *prima facie* e, por conseguinte, preveem direitos *prima facie*. Admite-se, assim, que a prefalada indeterminabilidade do direito social está associada ao seu âmbito normativo amplo ou *prima facie*, decorrente, pois, de sua apresentação enquanto princípio. A consequência disto, assim, é que a revelação de um direito definitivo se dá após a intervenção estatal. Se, no caso dos direitos de liberdade, a intervenção estatal constitui uma ação, no caso dos direitos sociais a intervenção estatal é, precisamente, uma não ação ou a ação insuficiente para atender o dever objetivo de satisfazer um direito a prestação. Isto porque, consoante Borowski, *La restricción...*, p. 56, a mera “omissão a uma prestação jusfundamental devida *prima facie* é uma intervenção no direito prestacional”, que deve, portanto, ser justificada e baseada em argumentos constitucionalmente fundados, isto é, submetidas ao teste de proporcionalidade e ponderada com outros bens e valores constitucionais.

para além do excesso ou omitir-se, ficando aquém da insuficiência²²⁶.

Tendo esta perspectiva, é que se considera, para além da dimensão da proporcionalidade de norma de controle da afetação de direitos por ação estatal (proibição do excesso ou *Übermaßverbot*), uma dimensão de controle quanto à afetação de direitos à prestação por ação insuficiente ou inação. Inserida nesta perspectiva se concebe, pois, a proporcionalidade como instrumento hígido para avaliar as razões porque sucede desatenção quanto ao nível de proteção dos direitos fundamentais (proibição de proteção deficiente ou *Untermaßverbot*), revelando-se, assim, a existência, no âmbito desta máxima, de um “mandato” de proibição de omissão ou insuficiência²²⁷.

Deve-se, com efeito, precisar algumas circunstâncias relativas à certeza do comando constitucional para atuar e ao nível de incumprimento desta ordem. Quanto à primeira circunstância deve-se avaliar a existência de um dever concreto de legislar, hipótese em que a desatenção ou descumprimento ensejaria, em tese, a inconstitucionalidade por omissão²²⁸ em sede de controle abstrato de constitucionalidade por meio de um processo objetivo.

Pensa-se, assim, que em se tratando do incumprimento de ordem expressa e precisa de legislar insere-se, por si só, no tipo de conduta apta a configurar afetação

²²⁶ Nesse sentido, Jorge Pereira da Silva, *Deveres de proteção...*, pp. 599-601. Também assim o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão n.º 75/10 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 75/10, Processo n.º 733/07, Plen., Sucessivo, Data: 23.02.2010, Rel. Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro), quando assentou que a liberdade de atuação do legislador ordinário, encontra-se balizada por dois limites extremos e antagônicos. De um lado, não pode atuar em excesso, afetando direitos para além do admissível; de outro, não pode atuar insuficientemente na proteção de bem merecedor de tutela jurídica, isto é, há um dever de observar uma medida mínima, constitucionalmente exigível, sob pena de violar a proibição da insuficiência.

²²⁷ Laura Clérico, *Sobre la prohibición...*, p. 171. Deve-se registrar, todavia, que não está por completo pacificada a afirmação da autonomia dogmática da proteção contra a insuficiência, enquanto parâmetro de vinculação (limitação) do legislador, isto é, com domínio próprio que não se reconduza à demais figuras reconhecidas na ordem constitucional, como a tutela do núcleo essencial e mesmo a própria compreensão clássica da proporcionalidade. A propósito, convém ressaltar o elenco sistematizado das hipóteses porque se contesta a autonomia dogmática da tutela da proteção insuficiente explicitado por SILVA, Jorge Pereira. *Deveres de proteção...*, pp. 587-588. Canaris, *Direitos fundamentais...*, p. 60, evidencia que a função dos direitos fundamentais de imperativos de tutela conjugada com a proibição da insuficiência, garantidora de um mínimo de proteção, constitui uma categoria dogmática autônoma.

²²⁸ Gomes Canotilho, *Constituição dirigente...*, p. 331, obtempera, nesse contexto, que a omissão legislativa significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Vê-se, então, que não se trata, a rigor, de um mero não fazer, mas de um não agir deliberado, quando, da forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Aqui também, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, p. 93, indica que a inconstitucionalidade por omissão pode constituir um canal adequado para dotar de eficácia as obrigações públicas do legislador, embora aponte para a limitação enfeixada classicamente de que nestes casos caberá ao tribunal constitucional apenas reconhecer a situação de inconstitucionalidade.

indevida de direitos fundamentais. A questão a saber é se a conduta omissiva estatal autoriza a substituição da lei pela decisão judicial, é dizer, substituição do dever constitucional do legislador democrático de implementação de leis necessárias à promoção de direitos pelo dever jurisdicional de proteção dos direitos fundamentais.

Diante das bases estabelecidas para a compreensão do Estado constitucional, não se pensa que o comportamento estatal negligente quanto ao cumprimento de deveres expressos possa decorrer prejuízos concretos à comunidade política tutelada pela Constituição.

Entretanto, é delicada a circunstância em que, em face da inação estatal, pretensões subjetivas individuais pretendam socorrer-se ao judiciário para satisfação do direito que, pretensamente, cabe na moldura da norma – seja ele qual for e seja que deveres se quiser deduzir.

Situações assim precipitam, a nosso juízo, situações de potencial ruptura da ordem constitucional. Fere-se a igualdade, dado que distintos destinatários acessam a bens diferentes, baseadas na mesma circunstância jurídica – qual seja, o desatendimento da implementação de um dever de produção de lei ou afetando um particular conteúdo à norma constitucional; fere-se a estabilidade e a harmonia entre os poderes eis que, diferentes decisões – realidade particularmente comum no movimento de judicialização brasileiro – concedem tutelas diversas em face do Estado, sem ordenação sistêmica de prioridades, sem atribuição de sentidos normativos equivalentes, quase sempre decorrentes de necessidades imediatas deduzidas em juízo que, por sua vez, consagram conteúdos singulares a cada caso, insuscetíveis, pois, de universalização.

E, sobretudo, fere o próprio sistema de direitos fundamentais e o compromisso de realização dos direitos como um todo, na medida em que a promoção casuística de direitos, a pretexto de tutelar direitos individuais, desguarnece a possibilidade de tutela coletiva e equânime da comunidade política.

Por outro lado, a insuficiência referida a um dever geral de produção de lei, isto é, um dever abstrato de legislar, ainda que vincule o agir estatal face à normatividade constitucional, gozando, portanto, de apetência para impor deveres de respeito e proteção, não tem propriamente aptidão para ensejar sanção por inconstitucionalidade

por omissão²²⁹. Nem por isso, contudo, deixam de sujeitar-se ao controle.

Nestes casos, tem-se a perspectiva de avaliar o nível de descumprimento, é dizer, na medida em que deveres de proteção exigem adoção de condutas positivas que, não raramente, não estão delimitadas em nível constitucional – e, por isto mesmo, deve-se admitir *a priori* o alargamento das possibilidades de ordenação legal do conteúdo positivo dos direitos –, reinsere-se o questionamento de qual seria, afinal, o nível ou padrão mínimo de proteção a ser reconhecido como exigência constitucional, abaixo da qual a tutela da proteção deficiente incidiria.

Assim é que se pensa que a proporcionalidade, conduzindo à criação de normas de decisão vocacionadas à solução de casos concretos deve inserir-se na tendência à objetivação, no caso em que corresponda à tutela da omissão inconstitucional; e à coletivização, nos casos em que diga respeito ao incumprimento de deveres gerais de tutela.

Significa dizer, o procedimento refletido, com a demarcada intervenção da argumentação jurídica, que implique em identificação dos pressupostos componentes da previsão normativa da regra que comanda a solução ao caso concreto, conduzindo-se no âmbito de processos com a perspectiva de efetivar procedimento de busca pela norma de decisão que reflitam o alargamento das possibilidades discursivas, ampliando-se a zona de diálogo intersubjetivo, conferindo, deste modo, maior legitimidade e grau de universalidade à decisão e sentido normativo com maior

²²⁹ Referem-se às hipóteses à situação identificada pelo TCP no Ac. n.º. 509/02 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 509/02, Processo n.º. 768/02, Plen., Preventivo, Data: 19.12.2002, Rel. Cons. Luís Nunes de Almeida), em que, diante destas duas situações, conclui: i) se há ordem de legislar, precisa e concreta, a margem para o legislador retroceder no grau de proteção é mínima, só podendo fazê-lo de modo a não “reabrir” uma hipótese de inconstitucionalidade por omissão; ii) em situações distintas, em respeito ao princípio da alternância democrática e à revisibilidade das opções político-legislativos, se concede ampla margem ao legislador, que é limitado, apenas, quando afetar o “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”. Nessa esteira, ainda: ____, Acórdão n.º. 590/04, Processo n.º. 944/03, Plen., Sucessivo, Data: 06.10.2004, Rel. Cons. Artur Maurício; ____, Acórdão n.º. 336/07, Processo n.º. 962/06, 3ª Secção, Recurso, Data: 30.05.2007, Rel. Cons. Vítor Gomes; ____, Acórdão n.º. 188/09, Processo n.º. 505/08, Plen., Sucessivo, Data: 22.04.2009, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha; ____, Acórdão n.º. 561/09, Processo n.º. 273/09, 1ª Secção, Recurso, Data: 28.10.2009, Rel. Cons. Maria João Antunes; ____, Acórdão n.º. 269/10, Processo n.º. 985/09, 3ª Secção, Recurso, Data: 29.06.2010, Rel. Cons. Vítor Gomes; ____, Acórdão n.º. 862/13, Processo n.º. 1260/13, Plen., Preventivo, Data: 19.12.2013, Rel. Cons. Lino Rodrigues Ribeiro; ____, Acórdão n.º. 575/14, Processo n.º. 819/14, Plen., Preventivo, Data: 14.08.2014, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha. Já no ____, Acórdão n.º.166/10, Processo n.º. 1206/07, 3ª Secção, Recurso, Data: 28.04.2010, Rel. Cons. Maria Lúcia Amaral, o TCP assenta que a imposição de carga excessiva aos particulares é tão censurável quanto a adoção de medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização de direitos, *nas hipóteses em que decorra da Constituição um dever de legislar no sentido da proteção ou realização de determinado direito (destacamos).*

adequabilidade constitucional.

A solução da proporcionalidade implementada, em processo objetivo e abstrato (inconstitucionalidade por omissão) ou em processo coletivo, neste sentido, delimitará as possibilidades de acesso ao direito, os limites de possibilidade na extração de sentido do conteúdo juridicamente protegido – e, logo, os limites da insuficiência e do excesso – bem como estabelecerá os pressupostos que, uma vez satisfeitos, acionam a mecânica normativa e em qual sentido.

Portanto, com esta construção, avalia-se que a criação da regra de decisão abrangente conferirá a possibilidade de acionamento individual do bem jusfundamental, sem os percalços das iniciativas deflagrada sem este esteio.

Pode-se questionar, contudo, que nem sempre a reprodução de casos de violação de direitos fundamentais permitirá identificar os mesmos pressupostos estabelecidos na regra decorrente da verificação da proporcionalidade. Ou mesmo que não haverá regra de solução já estabelecida para responder à demanda individual concreta de urgência (pensa-se aqui nos casos clássicos da judicialização de direitos sociais à brasileira, em que da tutela do direito fundamental à saúde decorre, *v.g.*, a determinação de vaga internação em hospital público ou fornecimento de determinado medicamento de alto custo).

Inequivocamente, não se defende que o judiciário, diante da necessidade de apresentar respostas às demandas concretas – e, sobretudo, revelando circunstâncias singulares – levadas ao seu crivo, se escuse de pronunciar-se. Espera-se, evidentemente, que se oferte solução que seja compatível com eventuais normas de decisão eventualmente já fixadas em apuração de proporcionalidade nas condições apontadas²³⁰ ou, não havendo, que observe as regras fixadas para aplicação da proporcionalidade.

²³⁰ Significa dizer que se há casos em que há similaridade de pressupostos da previsão – ainda que não verificada plena identidade – mas que o caso concreto, individual e atual revele circunstâncias menos gravosas, não se pode esperar que se dê um sentido mais alargado para as possibilidades de implementação judicial do conteúdo jurídico do direito. E, por outro lado, se a circunstância concreta indicar situação mais gravosa do que outra, porventura enfrentada em demanda coletiva ou em processo objetivo e abstrato, a atribuição de sentidos deve ser gradualmente superior à gravidade do caso concreto afirmado, exigindo-se, obviamente, a observância ao procedimento metódico da proporcionalidade e respeito às regras da argumentação como condição para justificação da solução implementada.

3.2. A DEFINIÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO CORRETA A PARTIR DE ABORDAGEM CRÍTICA QUANTO À INADEQUADA RECEPÇÃO (E APLICAÇÃO) DA PROPORCIONALIDADE PELO STF

Deve-se ressaltar, desde logo, que a opção por abordar decisões judiciais a fim de estabelecer pontos críticos quanto à compreensão e aplicação de proporcionalidade – e, a *contrario sensu*, através de verificação crítica apontar para qual deva ser o sentido adequado – não se confunde, necessariamente, com a negação de eventual resultado concretamente obtido.

É, sim, possível que alguns dos resultados produzidos concretamente fossem os mesmos caso se houvesse implementado a fundamentação e a aplicação correta; nada obstante, isto não autoriza que se prescindia do manejo adequado do procedimento, posto que é a utilização uniforme, coerente, metodicamente compreendida de certos instrumentos jurídicos que conduzem à controlabilidade e confiabilidade das decisões judiciais e, outrossim, permitem a universalização de soluções para casos em que se verifique iguais pressupostos.

Nesta senda, comumente referido em matéria de direitos fundamentais nos julgados do STF, no caso “Ellwanger”²³¹ a corte enfrentou o julgamento de réu por crime de discriminação contra judeus, apontado por decorrência de publicações de obras com conteúdo antissemita, assumindo-se a existência de conotação racial e, logo, a imprescritibilidade do crime imputado. O julgamento acabou por concluir que o direito fundamental à liberdade de expressão não pode abrigar manifestações imorais, que implicam em ilicitude penal; inseriu-se, ademais, a ofensa ao povo judeu ao âmbito da expressão “raça”, prevista no art. 5º, XLII²³², CRFB/88, para afirmar a imprescritibilidade do fato típico.

Com efeito, o Min. Gilmar Mendes, na oportunidade em que concedeu seu voto,

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus (HC) n°. 82424/Rio Grande do Sul (RS). DJ 19/03/2004. Rel. Min. Moreira Alves. Relator para Acórdão: Min. Maurício Correia, Pleno.

²³² _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

identificou a máxima da proporcionalidade – e suas submáximas – como método para solução de conflitos, mediante ponderação do peso dos princípios conflitantes, devendo-se a ela recorrer para avaliação da restrição de direitos fundamentais; na ocasião, a proporcionalidade foi aplicada para aferição dos limites à restrição do direito fundamental à liberdade de expressão a partir de articulação de conceitos como núcleo essencial, “limite dos limites” e proibição do excesso.

Nomeadamente quanto à restrição em causa, isto é, a condenação criminal por decorrência de publicações antissemitas, enquadrada como crime de racismo e, portanto, imprescritível, avaliou-se que estava satisfeita i) a adequação da medida empregada como meio de salvaguarda de uma sociedade pluralista, ii) a necessidade por tratar-se de meio menos gravoso, dado que é a própria ordem constitucional que confere ao racismo a condição de crime imprescritível e iii) a ponderação no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que o direito de liberdade de expressão cede em face da preservação de valores inerentes à sociedade pluralista e da dignidade humana.

Deve-se ressaltar, entretanto, que não se verifica que se tenha empregado, com maior substância, o método ponderativo a fim de identificar com clareza as premissas necessárias para afirmar a precedência de um princípio em detrimento do outro, de modo a formular consistentemente uma norma-regra de decisão a ser aplicada.

Também registra-se como caso de interesse quanto à aplicação da proporcionalidade o que tratou de conflito entre o direito à intimidade e o direito ao sigilo bancário de um lado e o direito de a Administração tributária acessar diretamente dados do contribuinte, do outro – ademais, convém registrar que o interesse da questão se revela, particularmente, porque coloca em causa, igualmente, o conflitos entre deveres fundamentais (de um lado, o dever de pagar tributos e do outro o dever de a administração tributária bem tributar e bem fiscalizar)²³³.

Desde feita, o Min. Luís Roberto Barroso, também submetendo aos testes

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n°. 2859/Distrito Federal (DF). DJ 21/10/2016. Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno. Na ocasião, discutiu-se, especificamente, a constitucionalidade de dispositivos previstas em Lei complementar (LC n°. 105/2001), que prevê, nomeadamente no art. 6º., o compartilhamento de informações bancárias de contas de depósitos e aplicações financeiras com a administração tributária, sem que isto insira nas hipóteses de violação ao dever de sigilo (art. 1º., § 3º., VI) e, ainda, tornando desnecessária a autorização judicial (art. 1º., § 4º.).

parciais a restrição implementada por legislação ordinária que conferia à Administração tributária o poder de acessar informações bancárias do contribuinte, independentemente de ordem judicial, assentou que estariam satisfeitas i) a adequação, posto que a autorização legislativa restritiva ao direito ao sigilo é idônea à tutela do direito contraposto, isto é, permitir fiscalização eficaz e capaz de prevenir a “fuga ilegítima de tributação”, ii) a necessidade, na medida em que se compreende não haver outro meio para se apurar condutas de contribuintes que tenham a pretensão de escapar da fiscalização tributária mediante sonegação de informações e iii) a proporcionalidade em sentido estrito, conferida segundo o resultado de uma relação comparativa de “custo e benefício” entre a obtenção de acesso à informações mediante requerimento direto à instituição financeira que sedia a conta de movimentação do contribuinte ou mediante autorização judicial, na qual, consoante conclusão do Ministro, a primeira apresenta os benefícios de promover isonomia tributária e da justiça fiscal (art. 150, II, CRFB/88); realizar princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na cobrança dos créditos tributários (arts. 37 e 70, CRFB/88); garantir a livre concorrência, evitando-se que alguns agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos (art. 170, IV, CRFB/88), e descongestionar o Judiciário, em benefício da realização do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/88).

Com efeito, relativamente à necessidade, não se percebeu a inexistência de outros meios, especificamente quando se projeta a possibilidade de acessar estas informações mediante autorização judicial. Ora, se a necessidade exige que diante de duas situações potencialmente aptas a atender ao mesmo objetivo se deve preferir a que afete em menor grau o direito fundamental, é de se questionar se há aí, de fato, uma medida necessária. Com efeito, ainda que o fosse, dificilmente se poderia dizer que a conformação que foi emprestada à ponderação, enquanto objeto da proporcionalidade em sentido estrito, está compatível com o sentido originalmente concebido, isto é, há dificuldade em perceber que tenha havido a verificação das leis da ponderação, nomeadamente correlação inversamente proporcional entre grau de satisfação e grau de afetação e o maior grau de certeza das premissas que fundamentam a restrição²³⁴ – e quanto a caso específico, sequer se está colocando a

²³⁴ Desde logo porque a hipótese constitui uma geral e abstrata intervenção, sem que exista nenhum elemento prévio que indique concretamente a necessidade de sacrifício do direito ao sigilo, como, por exemplo, em que a quebra do sigilo decorre da apuração de crimes, no curso de investigação criminal.

discussão quanto à estruturação morfológica do art. 5º., XII, CRFB/88²³⁵, quer dizer, se a positivação do dispositivo lhe confere a estrutura de regra, já estipulando inclusive a previsão de exceção nos seus pressupostos de aplicação (“por ordem judicial”) e não havendo inserção de autorização constitucional para restrição legal no enunciado, é de se questionar se lei infraconstitucional poderia estabelecer exceção não prevista e não autorizada em uma norma de direito fundamental com tal estrutura.

Há, contudo, exemplificações de boa articulação da proporcionalidade, referidas à parâmetros que se sustentou serem adequados para consagrarem respostas corretas em vista da colisão de princípios. No julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n.º. 54/DF²³⁶, em que o tribunal colocou a discussão acerca de a interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos poder ser considerada conduta tipificada pelo crime de aborto. Assentou-se, na ocasião, a colisão entre o direito à vida do feto e os direitos à dignidade, à liberdade e à saúde da gestante, tendo a corte, afinal, decidido pela inconstitucionalidade de tipificação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, como crime de aborto.

Contudo, é no voto da Ministra Rosa Weber, que o resultado foi obtido pelo recurso da correta utilização da proporcionalidade, enquadrando-se a extensão do raciocínio, inclusive, à formula de Alexy. Na ocasião, a Ministra expõe a condição de indeterminação dos princípios, sua aptidão para regular genericamente, sem que esteja determinado, a priori, a delimitação do âmbito de proteção, devendo-se encontrar critérios racionais de argumentação para que o convencimento conduza à aplicação de um princípio, selecionando uma regra que identifique quais pressupostos acionam determinada consequência jurídica (“[...]uma sentença do tipo ‘se... então deve ser...’, em que apenas uma regra aparece”). Ademais, assenta que na ponderação, deve-se verificar o peso das razões que justificam a realização de um

²³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, **salvo, no último caso, por ordem judicial**, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal [grifo nosso]”.

²³⁶ _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º. 54/Distrito Federal (DF). DJ 29/04/2013. Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno.

princípio, em detrimento do outro, baseando-se em padrões intersubjetivamente partilhados, e não em critérios de escolha pessoal.

Com o estabelecimento destes pressupostos, descortina a construção da solução do caso a partir das submáximas: atentando-se às circunstâncias fáticas subjacentes à questão, conclui que tanto é adequado, para o fim de proteção da vida do feto anencéfalo, que a conduta de interrupção da gravidez seja tipificada como aborto quanto, para os fins de proteção da liberdade e integridade física e mental da mulher, que se proceda a interrupção da gravidez de feto de vida extrauterina potencialmente inviável; no exame da necessidade, assenta que a tipificação da conduta de interrupção da gravidez é necessária para garantir a proteção à vida do feto assim como é necessária a interrupção para proteção da liberdade e da integridade da mulher. Por isto, conclui que não estão colocados limites fáticos à aplicação preferencial de uma solução em face da outra, razão porque há necessidade de se proceder a ponderação no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

A condução da ponderação, mediante referência ao percurso ínsito à fórmula proposta por Alexy, coloca, de um lado, uma reivindicação de direito de proteção contra o Estado, a fim de resguardar a livre escolha da mulher para decidir sobre a interrupção da gravidez por um não-agir estatal e, de outro lado, a instrumentalização do direito de defesa do feto pela intervenção do direito penal, isto é, pela tipificação da conduta da mulher que atente contra a vida do feto, de modo que, sinteticamente, o direito de proteção da mulher exige uma não-ação do Estado e o direito de defesa do feto demanda a ação (intervenção penal) do Estado.

Argumentativamente, demonstra-se a maior gradualidade do acionamento do direito penal para intervir na decisão da mulher (exemplifica com esteio na previsão legal que autoriza a interrupção da gravidez decorrente de estupro, ainda que se trate de feto viável), além de colocar-se em causa a certeza empírica de proteção da vida do feto, mediante proibição da interrupção da gravidez, uma vez que, biologicamente, há razões fortes que indicam a inviabilidade da vida extrauterina do feto anencéfalo.

Assim, conclui-se no particular voto, “a força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva”. Depreende-se, portanto, que o desenvolvimento da argumentação e a referência aos pressupostos da ponderação, tal como referido no voto, aproximam a

aplicação da proporcionalidade daquilo que se compreende ser a maneira correta de obtenção de resultados; não se trata, com efeito, de atribuir significados, pesos, ou sentidos ao alvedrio do aplicador, mas prender-se num modelo metódico de obtenção de resultados corretos segundo a perspectiva das regras da argumentação.

Do contexto apurado, e tendo em consideração, ainda, o trabalho investigativo conduzido por Fausto Santos Morais²³⁷, é possível dimensionar, com alguma clareza, a compreensão que o STF estabeleceu acerca da proporcionalidade bem como a maneira como a articula nas decisões.

O autor constata que, pese a proporcionalidade estar largamente empregada, geralmente é arrolada sem grande apego técnico-jurídico e conceitual e, não raramente, se apresenta pelo uso retórico performático (identificando-se com ideias de justiça, razoabilidade, valorações qualitativas acerca de conteúdo de um determinado ato concreto, judicial ou administrativo), com sombreadas referências à teoria original, demonstrada pela mera alusão às submáximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em comum, o fato de que tendem a ser menos frequentemente observados a proposta de controle da aplicação da proporcionalidade por regras da argumentação, a necessidade de justificação racional dos enunciados referidos ao esquema mental que conduza o processo de formação de norma de direito fundamental adscrita, apta à promover soluções iguais a todas as hipóteses que satisfaçam ulteriormente os mesmos pressupostos que nela estiverem identificados e outros aspectos metodológicos necessários para o desenvolvimento de formulações racionais e obtenção de resultados pretensamente corretos²³⁸.

Embora pouco se tenha tratado quanto à aplicação da proporcionalidade no particular âmbito dos direitos fundamentais sociais, o mencionado autor reúne conclusões que reforçam a ideia de que a proporcionalidade nem está referida de forma coerente com o que é proposto por Alexy, nem decorre de inflexões que justifiquem a adoção de uma concepção distinta; na realidade, descreve a pouca uniformidade no que concerne à articulação da proporcionalidade pelo STF, fenómeno

²³⁷ Em MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016, o autor aborda a jurisprudência do STF, no período compreendido entre 2002 e 2012, resultando na análise de 189 casos julgados pela Corte em que tenha referido o “princípio da proporcionalidade”, produzindo uma pesquisa em dimensões bastante amplas.

²³⁸ Neste sentido, cfr. Fausto Santos de Morais, *Ponderação e arbitrariedade...*, pp. 248-249.

que aparenta ter sede na pouca compreensão ou no baixo nível de desenvolvimento que há, ao menos no que concerne à atividade decisória que alegadamente decorre da proporcionalidade²³⁹.

Na seara dos direitos fundamentais sociais, particularmente, deve-se atentar para baixa presença da articulação da proporcionalidade, igualmente, segundo o viés de tutela da proteção deficiente, orientada à verificar o cumprimento satisfatório da atividade legislativa em sede de direitos cuja característica demanda de ordenação infraconstitucional para previsão dos meios e formas empregados para garantir o fornecimento das prestações materiais necessárias à concretização das normas constitucionais – e mesmo quando é suscitada, é aplicada sem maiores rigores²⁴⁰.

²³⁹ A nossa vista, outro fenômeno que desperta atenção está relacionado à inserção de distintas hipóteses no conteúdo de princípios constitucionais, sem que se possa compreender o contexto científico que possibilitou adscrever certas circunstâncias à condição de direito fundamental. Embora não se trate de pronunciamento do STF, é lapidar novamente citar a decisão do TJ/SP, sufragada pelo STJ (nota 114), na oportunidade em que insere o direito ao banho quente como expressão da dignidade da pessoa humana. É de se perguntar qual fundamentação histórica ou dogmática que confere suporte para depreender a condição de direito fundamental do banho quente; desde logo pode-se questionar se, afinal, tal direito fundamental seria universalizável num país de dimensões continentais e distorções socioeconômicas tão discrepantes entre as distintas regiões, como sucede no Brasil. Parece-nos que há, aqui, um exemplo de clareza evidente não só quanto ao mau uso que se faz da proporcionalidade, mas quanto ao fato de a proporcionalidade mal aplicada servir, em muitas situações, para dar suporte ao prevalecimento de soluções inseridas no âmbito de proteção de direitos fundamentais sem que, à rigor, exista adscrição destes conteúdos a uma norma de direito fundamental. Casos como tal, forçam a dignidade humana, de valor fundante dos ordenamentos constitucionais do pós-guerra, a ser constantemente reduzida à uma espécie de “super-trunfo”, uma rede ampla de proteção capaz de albergar os mais diversos comportamentos e circunstâncias e atender aos variados reclamos sociais. Isto aparenta ser duplamente negativo: primeiro porque se produz conflitos de direitos fundamentais inexistentes, maldisfarçando certa intencionalidade anterior de decidir de tal ou qual maneira; e, segundo, porque se coloca, inadvertidamente, o valor orientador de todo o sistema de direitos fundamentais no campo de batalha da colisão de direitos. Pense-se, aqui, afinal, qual será o prejuízo para o desenvolvimento constitucional atribuir prevalência a um outro direito fundamental, afastando a aplicação da dignidade da pessoa humana? Será que se cogita imaginar que a dignidade da pessoa humana pode mesmo colocar-se nesta área conflituosa dos direitos fundamentais, sujeitando-se a todo instante ver ceder seu âmbito de proteção? Pode-se mesmo atribuir esse caráter normogênico à dignidade humana sem que isso implique na maior probabilidade de sua vulneração (e não no seu fortalecimento)? Tratam-se de indagações para as quais não há resposta simples e objetiva; o tema comporta muitas digressões e não cabe, diante de delimitação colocada neste estudo, aprofundar-se nesta complexa temática. Nada obstante, é necessário colocar-se a questão com maior temperamento e adotar-se maiores cautelas quando se lança mão da dignidade com esta frequência e com esta falta de rigor.

²⁴⁰ Refere-se aqui, novamente, ao voto do Min. Gilmar Mendes na ADI n.º. 3.510/DF (nota 222), que embasa sua decisão de interpretação conforme da lei que disciplina a pesquisa científica com células tronco em face da proteção deficiente que a redação literal (sem os efeitos aditivos propostos no voto) da legislação revelaria; ocorre que a apuração da deficiência efetivou-se pela análise comparada de leis de outros países, concluindo-se, sem maiores preocupações metodológicas, que os modelos estrangeiros serviam de parâmetros a serem necessariamente seguidos e, em face da não identidade de exigências na lei nacional, se comprovaria tratar-se de uma regulação deficiente.

4. A RESTRIÇÃO ANTECEDENTE E POSTERIOR DO CONTEÚDO JURÍDICO DOS DIREITOS SOCIAIS

O percurso proposto pretendeu prioritariamente lançar luzes sobre a forma e os critérios recorridos para o desenvolvimento positivo de conteúdos e cominações produzidas a partir de normas de direitos fundamentais sociais; nesse sentido, cumpre dizer, colocou-se em perspectiva aspectos relacionados à forma como se deve obter sentido do texto constitucional, a partir de orientações que se compatibilizem com primados de respeito à função constitucional do legislador ordinário e à legalidade constitucional.

O sentido crítico adotado em algumas ocasiões aponta para a assunção de posição de contrariedade quanto à prática judicial desapegada de métodos que, ao fim e ao cabo, pronuncia-se não só contrariamente a limites semânticos e de interpretação constitucional, mas também com certa subversão do fundamento axiológico das normas jusfundamentais, em que se eleva certa concepção própria e unilateral de justiça e correção para aplicação do direito, não raramente distorcendo o sentido das normas para que se amoldem àquilo que se quer que ele revele, excedendo em voluntarismo na atividade de atribuição de sentido normativo, em detrimento da aplicação do direito tal como ele é, reconhecendo suas possibilidades e suas limitações.

Ocorre, todavia, que este desvirtuamento não acomete apenas a aplicação positiva, na construção de sentidos normativos; tem reflexo, igualmente, na desconstrução de conteúdos normativos, por meio de restrições, seja por decorrência da atribuição de conteúdos incompatíveis com a estrutura normativa, no plano jurídico-constitucional, seja na implementação desconforme do direito, no plano infraconstitucional, hipóteses que se agravam ou se mantêm em muitos casos amparadas pela (in)compreensão do interprete-julgador, que atua atribuindo sentido ao direito posto em substituição àquele cientificamente possível, seja pela auxílio indevido de formas de controle, articulando-se instrumentos que conferem, inadvertidamente, prerrogativas de exercer a limitação da atuação legiferante segundo padrões não controláveis, seja admitindo uma extrapolação/redução do âmbito de garantia efetivo.

Em face disto, estabelecemos duas ocorrências de restrições de direitos fundamentais a serem abordadas: i) aquela incidente sobre os direitos originários a prestação, decorrente da determinação de sentido diretamente da norma constitucional, isto é, aqueles direitos cuja garantia constitucional se reconhece conjuntamente com o dever estatal de criar condições materiais e a exequibilidade imediata das prestações constitutivas do seu objeto²⁴¹, que nominamos antecedente posto que se antecipa, é anterior à atuação legislativa conformadora; ii) e aquela incidente no processo de mediação do conteúdo dos direitos constitucionais – os direitos derivados a prestações²⁴² – isto é, aqueles delimitados posteriormente à atuação legislativa ordinária e respectivos instrumentos de controles²⁴³.

Tratam-se, pois, de hipóteses, convém ressaltar, em que se pode verificar, respectivamente, a restrição quanto às posições jurídicas autônomas, escoradas direta e imediatamente nas normas constitucionais, ou posições subjetivas decorrentes de lei²⁴⁴.

Antes de descer às considerações de cada qual, porém, cumpre realizar alguns registros preliminares no que concerne ao regime de restrição de direitos fundamentais, a fim de que a especificidade das hipóteses sugeridas seja desenvolvida a partir de compreensões predeterminadas.

Segundo uma perspectiva, direitos fundamentais apresentam conteúdo *prima*

²⁴¹ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 477.

²⁴² *Ibidem*, pp. 479, realça, quanto aos direitos derivados a prestações, isto é, constituídos da densificação de direitos fundamentais, a função de “guarda de flanco”, isto é, de garantia do grau de concretização obtido, mediante articulação de pretensões subjetivas, não passível de eliminação sem que seja articulada compensação ou alternativa.

²⁴³ Nada obstante, cumpre ressaltar que isto não diverge das três hipóteses de restrições a que alude Gomes Canotilho, *op. cit.*, pp. 450-451, nomeadamente porque são, na distinção que traçamos, ou antecedentes (aquelas decorrentes diretamente da Constituição), ou posteriores (aquelas decorrentes de lei ou decorrente de autorização expressa da Constituição ou sem autorização expressa). Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 97, distingue três momentos ou fases de controle: i) momento de delimitação interpretativa do conteúdo afetado; ii) momento de avaliação quanto ao cabimento da justificação/autorização para restringir; momento em que se procede ao controle de constitucionalidade da medida restritiva concreta. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 590, projeta a noção de limites dos direitos em geral (encontrados na Constituição e nas leis) e limites de direitos concretos (surgidos na ocasião em que se empreende a resolução judicial e definitiva de conflitos). Para nós, contudo, é perfeitamente possível inserir estes momentos na perspectiva que adotamos.

²⁴⁴ Oportunamente Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 1267, resalta que, em certos casos, as posições jurídicas fundamentais terão uma primeira dimensão concretizadora diretamente na Constituição (p. ex. direito que confere proteção à licença maternidade), mas será a legislação ordinária que descreverá as condições concretas para o exercício do direito, de modo que uma posição originária terá o complemento de posição jurídica derivada da lei.

facie, a partir do qual se retira distintas possibilidades de articular posições jurídicas que, seja concretizado a partir de intervenção ablativa, um recorte nas possibilidades preexistentes, a partir do qual se identificará o conteúdo definitivo, isto é, quais são efetivamente os direitos e deveres correlativos e a quem obriga/beneficia; por outro viés, direitos fundamentais referem-se a realidades existenciais especiais, cujo recorte, baseada em dados da realidade – o que compreende a delimitação do seu âmbito de proteção –, está submetido ao intento normativo de regulação por meio de enunciados prescritivos, que orientam condutas subjacentes à realidade normanda e cujo resultado do processo de atribuição do sentido da norma descreve o conteúdo juridicamente garantido²⁴⁵ do qual se pode depreender distintas posições jurídicas (direitos subjetivos, direitos à prestação, direitos à organização e procedimento etc)²⁴⁶.

Nada obstante a perspectiva em que se apoia, deve-se questionar se é possível afirmar que toda delimitação do âmbito de proteção de direitos fundamentais constitui hipótese de restrição, tomando-se em consideração que a apuração do conteúdo destes direitos, em particular dos direitos a prestação material, exige a conformação pelas vias legislativas ordinárias, isto é, sua densificação, por intermédio de leis que preencham os espaços de indeterminação da norma, nomeadamente quanto à forma de satisfação do direito albergado por ela.

Neste sentido, registra-se a necessidade de se aclarar o que se entende por restrição e a partir de que instante ela se verifica. Desde logo, é preciso verificar qual é o âmbito de proteção da norma, isto é, qual aspecto da vida que pretende regular, que bens ou valores jurídicos se propõe a proteger, e qual a medida e a extensão da proteção que se pode depreender; bem como é necessário perceber se há, já de partida no texto constitucional, a introdução de restrição, expressa ou implícita, ou ao menos delegação à norma infraconstitucional para fazê-lo.

²⁴⁵ Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 448-450; 1262, que adota, para exemplificação deste ponto, o direito fundamental à livre manifestação. Segundo o autor, este é, portanto, o âmbito de proteção da norma; não é, contudo, o direito juridicamente garantido, que só se evidencia após a observância das condutas prescritas, *v.g.*, nos termos do art. 45, n.º. 1, da CRP/76, o direito fundamental deve ser exercido sem armas e de forma pacífica para ser garantido. Disto resulta a conclusão de que o conteúdo garantido do direito fundamental resulta desta mediação regulativa (ou mesmo restritiva) ou, conforme a ideia assentada pela teoria dos princípios, o direito exurgente da intervenção restritiva no suporte fático amplo da norma.

²⁴⁶ Ressalta Gomes Canotilho, *op. cit.*, pp. 1262-1263 que as normas de direitos fundamentais garantem ou protegem configurando direitos subjetivos, direitos de prestação, direitos procedimentais e processuais, garantias de instituto e garantias institucionais, direitos de participação, que são efeitos jurídicos do âmbito normativo, isto é, conferem operatividade à proteção.

E, a partir disto, identifica-se o tipo e a finalidade das medidas restritivas – isto é, aquelas que reduzem “as possibilidades de ação garantidas pelo âmbito de proteção” da norma de direito fundamental – e também as formas de exercer o controle de eventuais afetações²⁴⁷.

4.1. SISTEMÁTICA DAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

À reboque do que assentado anteriormente, optamos por conferir tratamento à sistemática de restrição de direitos fundamentais posto que o tema acaba por se colocar como ponto de partida necessário para, afinal, estabelecer o que se compreende por restrição, isto é, a que tipo de conduta pode-se imputar a condição de ação restritiva e, conseqüentemente, que tipo de mecanismos podem ser articulados para promover seu controle uma vez praticada.

A noção subjacente à restrição reflete, em uma perspectiva mais ampliada, a ideia de comportamento estatal apto a reduzir ou mesmo eliminar as possibilidades de acessar e dispor de determinado bem fundamental, isto é, a ideia de restrição esta a revelar hipóteses em que, por ação estatal, se impõe óbice ao desenvolvimento de comportamento *a priori* circunscrito no âmbito de proteção da norma, ou enfraquece deveres correlativos advenientes da norma jusfundamental, afetando, pois, de forma desvantajosa o conteúdo do direito²⁴⁸.

A forma como se compreende o fenômeno jurídico, contudo, guarda considerável divergência²⁴⁹. A título exemplificativo, tem-se em Vieira de Andrade a

²⁴⁷ Neste sentido, entre outros, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1276 e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 126-127.

²⁴⁸ Reis Novais, *As restrições...*, pp. 247-250.

²⁴⁹ Aqui se coloca em discussão, também, a questão quanto ao caráter da regulação, isto é, se, ao fim e ao cabo, o ato de regular não consiste mesmo em uma restrição. Por um lado, distingue-se ambos, compreendendo que a formulação de restrição possui sentido em tanto mais estreito que a regulação, ressaltando-se, ademais, que a ideia de conformação de conteúdos constitucionais vagos, tal como aduz Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 1264, refere-se à ação em que o legislador não afeta o âmbito de proteção do direito (domínio e conteúdo), restringindo-se à “abrir as possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais”; assim também, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. Tomo IV. 5.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 408. De outro lado, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 100-108, sustenta que a diferença inexistente e que, efetivamente, um ato de regulação, ainda que incidente sobre a forma do exercício, e não sobre seu conteúdo, configura, efetivamente, uma restrição ao direito e pode ser submetida ao teste da proporcionalidade. Aparentemente aproximando-se desta abordagem, registra Reis Novais, *op. cit.*, p. 157, que a condição para que se verifique a ocorrência de

identificação como tipologias de restrições aquelas imanentes, que atingem o próprio âmbito de proteção do direito; as resultantes de colisão normativa; e as atuadas por leis restritivas²⁵⁰. Canotilho, atribuindo diferenças entre a determinação do âmbito de proteção e a restrição de direitos, indica que estas podem ser imediatas, quando definidas pelas normas constitucionais, estabelecidas por lei, implementadas a partir de expressa autorização e imanentes (isto é, não expressos), funcionando como recurso de garantia de outros direitos²⁵¹. Jorge Miranda, por sua vez, assenta a distinção entre limites ao exercício e a restrição, estabelecendo, com proximidade do sentido da proposta de Canotilho, que estas serão imediatas, mediatas e implícitas²⁵².

Em Alexy, direitos fundamentais apenas podem ser restringidos por normas reconduzíveis à Constituição, isto é, em razão de suas normas ou com base nas suas normas, sucedendo por cominação direta ou indireta conquanto necessariamente deverá ser nela fundamentada²⁵³. Michael Sachs, citado por Jorge Reis Novais, aponta uma distinção entre limites, que ocorrem no nível constitucional, e as restrições e intervenções restritivas, que ocupam o plano infraconstitucional, orientadas por critérios estabelecidos precisamente no plano constitucional, dos limites. Estes, segundo concebe, são comportamentos excluídos da previsão normativa e que, por esta razão, impedem a implementação de consequências jurídicas que,

restrição é que decorra afetação negativa a bem fundamental tutelado, isto é, que se reduza, impeça ou de qualquer modo restrinja o acesso aquele direito ou, pela perspectiva do poder público, que implique na desoneração de obrigações e deveres que lhe são impostos. Ademais, Dimoulis, *Teoria Geral...*, pp. 149-151, ao aludir ao rol de intervenções restritivas que podem ser permitidas, destaca como hipóteses casos em que o comportamento não se situa no âmbito de proteção do direito; em que a norma infraconstitucional restringe direito com base em permissão constitucional expressa (reserva legal); quando estiver justificada para fins de concretização de limite constitucional derivado do “direito constitucional de colisão”; e, por fim, decorrente da colisão de direitos fundamentais. Exceção da primeira hipótese que, em sentido estrito, sequer pode ser tratada por colisão a segunda e terceira hipóteses são cometidas no âmbito da atividade legislativa, ao passo que a última decorre de ação administrativa ou jurisdicional.

²⁵⁰ Vieira de Andrade, *Direitos Fundamentais...*, p. 275.

²⁵¹ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1257. E, por isto mesmo, atribui que hipóteses de colisões de direitos são solucionadas ou através de limites imanentes, reduzindo a âmbito normativo; ou através de limitação do âmbito de proteção, sob o argumento de manutenção de concordância prática; ou através da ideia de justificação da restrição (Cfr. *Ibidem*, p. 1274).

²⁵² Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T.IV, p. 256.

²⁵³ Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 259 e ss. aborda a distinção tendo em perspectiva a separação conceitual entre norma de direito fundamental e direito fundamental em si. Neste plano, aduz que sobre a norma incide cláusula de limite e sobre o direito, o limite ou restrição, propriamente dito: a primeira, consiste na parte, escrita ou não escrita, da norma que registra de que forma e em que medida o direito fundamental garantido *prima facie* poderá vir a ser restringido; os limites, decorrentes da autorização constitucional fornecida pelas cláusulas de limites, sejam ou não escritos. Para Reis Novais, *As restrições...*, pp. 335-336, a proposta de Alexy pretende identificar a teoria externa com o modelo de princípios e a teoria interna com o modelo de regras, na medida em que pressupõe que a restrição recai sobre a posição jurídica a qual investe o titular do direito, sendo, pois, apenas cabível restrição quando se admite a existência de posição *prima facie*.

ordinariamente, se poderiam esperar como possíveis²⁵⁴.

Com alguma despreocupação para variações mais detalhadas, pode-se, de forma genérica, traçar duas distintas perspectivas para colocação do tema, a partir das quais variam as abordagens. Nas perspectivas relacionadas à dita teoria interna, limites serão sempre imanentes, não se admitindo a atividade restritiva autônoma operada pelos poderes constituídos; quando muito, se diz que a atuação destes estará a revelar limites existentes e desde logo reconhecíveis, independentemente de se tratar de atuação no plano constitucional ou infraconstitucional²⁵⁵.

O desenvolvimento da teoria interna funda-se numa diferente forma de compreender o lugar da liberdade na relação entre Estado e sociedade, projetando a adesão a um entendimento segundo o qual a liberdade não deve ser garantida em face do Estado, mas conjuntamente com ele; afastando-se, portanto, da perspectiva clássica dos direitos de liberdade, passa-se a sustentar a liberdade normativamente conformada, cuja concretização jurídica compete essencialmente às instituições estatais e, desse modo, o direito posto e regulado pelos poderes constituídos não se conceberia como ameaça à liberdade, mas vetor de garantia para sua concretização.

Assim, situando neste contexto, as reservas de lei não se enxergariam como reservas de intervenção restritiva, mas atribuições delegadas para atuação legislativa, necessária à conformação dos direitos fundamentais, cujo propósito último seria, como dito, sua efetivação e, portanto, assumiam-se como verdadeiras condições de

²⁵⁴ Klaus von Stern; Michael Sachs. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2, München, C.H.Beck, 1994. Apud Reis Novais, *As restrições...*, pp. 259-260. Comentando a posição, acentua Reis Novais, limites podem-se distinguir entre “quase-limites de previsão normativa”, isto é, que não integram a previsão normativa porque estão formalmente fora do enunciado normativo de garantia do direito fundamental – que, nada obstante, funcionam como pressuposto negativo de verificação das consequências jurídicas, ou seja, caso verificado a proteção fundamental restará excluída – e “limites através de reserva” que delegam competências aos poderes constituídos para atuar no domínio dos direitos fundamentais, reputando, para ambos, a possibilidade de poderem ser estabelecidos pela Constituição de forma direta e indireta, é dizer, podem ser atuados pela própria Constituição ou, com base nela, são conformados ou concretizados. Por seu turno, *Ibidem*, pp. 298-300, compreende a distinção dos limites como fronteiras estabelecidas no âmbito originário de proteção dos direitos, enquanto intervenções são as ações por meio das quais os poderes reduzem o âmbito de proteção produzindo consequências legítimas ou ilegítimas conforme estejam ou não constitucionalmente justificadas pelos limites e observem requisitos materiais ou formais exigíveis. Acerca do sentido da expressão “limites”, Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 112-115, assenta que os limites são normas que excluem o âmbito ou efeito de proteção, ou fundamentam a afetação, das normas de direitos fundamentais, isto é, excluem a proteção ou afetam as possibilidades de realização do direito. Diferencia-os das restrições, portanto, na medida em que aduz que decorrem de ações que afetam negativamente o conteúdo ou efeito de proteção de direito fundamental previamente delimitado. Para uma extensa demonstração dos defensores da distinção, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 345-348.

²⁵⁵ Reis Novais, *op. cit.*, p. 262.

existência da liberdade juridicamente garantida; são essas reservas, pois, que, neste contexto, se consideram imanentes aos direitos fundamentais, admitindo-se uma unidade entre o direito e o seu limite e, logo, transparecendo o igual sentido de lei conformadora de conteúdo e de lei delimitadora do âmbito de proteção²⁵⁶.

Sintetizando a ideia subjacente à teoria interna, pode-se afirmar que limites não são externos aos direitos fundamentais, elementos que legitimam intervenções redutoras de seus conteúdos, antes, são concretizações, fronteiras do seu âmbito de garantia, depreendidas de “dentro” do direito e, portanto, imanentes a ele.

Sobressai como resultante prática desta abordagem teórica é de que a restrição legítima de direito fundamental perde substancial condição de existência por faltar um pressuposto indispensável, ou seja, na medida em que fora do limite do direito não há direito, não há o que se proteger; “dentro”, limites imanentes coexistem com o conteúdo do direito, que apenas pode ser delimitado em conformidade com os estes limites, de modo que qualquer outra intervenção nesse âmbito constituirá restrição ilegítima, ou seja, violação ao direito²⁵⁷.

Assim, na medida em que se concebe que todo direito fundamental está predeterminado e imanentemente limitado pela sua própria natureza, pode-se falar que o conteúdo do direito poderá ser apenas revelado ou concretizado, jamais restringido; exclui-se, com esta construção, a possibilidade de que poderes constituídos possam legitimamente atuar no sentido de provocar restrições, incidentes para além dos limites imanentes do direito, na medida em que, como dito, as intervenções restritivas, nesta perspectiva, serão sempre violações.

Consequentemente, ao deixar de admitir a possibilidade de ocorrerem restrições, são obscurecidas as possibilidades de desenvolver e sustentar requisitos, no ângulo formal e material, necessários à efetivação de mecanismo de controle, objetivo e racional, das intervenções restritivas, porquanto, com a assunção da perspectiva de limites imanentes como elemento constitutivo do direito, acaba-se por alargar a legitimação de comportamentos adotados pelo poder público a pretexto de

²⁵⁶ Reis Novais, *As restrições...*, pp. 309-313.

²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 314-317.

conformar o conteúdo dos direitos fundamentais²⁵⁸.

Diferentemente desta abordagem, no âmbito da dita teoria externa, há a preocupação em perquirir a legitimação constitucional para efetivação de restrições, isto é, busca-se determinar se há justificação constitucional adequada que permita concluir ou pela ocorrência de restrição legítima ou de violação, consoante estejam, ou não, observados os requisitos constitucionais para efetivação da intervenção.

Obviamente que, para tanto, são adotadas premissas distintas daquelas fincadas pela teoria interna. Significa dizer, a teoria externa atribui relevância à distinção entre restrição ilegítima, que configura violação, e restrição legítima de direitos: em ambos os casos haverá reconhecimento de afetação negativa do conteúdo do direito fundamental, mas será atribuída legitimidade quando estiver justificada constitucionalmente, por enquadramento em requisitos e exigências de cunho formal e material.

Neste esboço da teoria externa, ainda que toda afetação desvantajosa se possa enquadrar como restrição, caberá a avaliação quanto à legitimidade ou não desta afetação a fim de apurar a ocorrência de restrição constitucionalmente autorizada e, portanto, legítima, ou violação, pura e simples²⁵⁹. Assim, diferencia-se da teoria interna quando esta refuta a possibilidade ocorrerem restrições, ao argumento de que o que sucede será apenas delimitação da norma a partir da previsão constitucional.

Com isto, é possível se depreender que os modelos centrados na teoria externa se desenvolvem afirmando a distinção entre o plano da delimitação da previsão normativa e o plano dos limites, preconizando um sistema diferenciado de reservas²⁶⁰: de um lado, o plano da delimitação do conteúdo, em que se há referência à identificação do conteúdo descrito na norma constitucional; de outro, o plano dos limites ou restrições, no qual se verifica a ação interventiva dos poderes constituídos que conduzem a redução da amplitude do conteúdo delimitado do direito. Tal abordagem oferece a possibilidade de proceder a delimitação da previsão normativa, cujo conteúdo resultante não se atribui caráter de restrição e será, ele próprio, o

²⁵⁸ Nesse sentido, Reis Novais, *As restrições...*, pp. 320-321, que adverte, ainda, que a teoria interna acaba por tender à privar a tutela de direitos fundamentais, particularmente na função de defesa, por inibir o exercício de controle da atividade restritiva que afetam de forma desvantajosa interesses protegidos.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 251-252; 254.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 260.

parâmetro para determinação de posteriores restrições²⁶¹.

Subjaz, no ponto, a ideia de âmbito de proteção normativo ou previsão normativa, como resultado de uma espécie de processo prévio de depuração do âmbito de proteção potencial, que após ser afetado, pela delimitação ou apuramento dos contornos dos limites, indicará o efetivo âmbito de proteção.

Assim, a partir da delimitação, se identificará a parcela do conteúdo do direito fundamental sobre o qual incidirão intervenções restritivas, isto é, o “saldo” decorrente da redução do âmbito de proteção pelas intervenções restritivas legítimas é o âmbito de garantia efetivo ou âmbito definitivo de proteção do direito fundamental²⁶².

Há, portanto, para a teoria externa, distinções metodológicas importantes quanto ao âmbito de proteção a ao âmbito de garantia efetivo²⁶³ e quanto ao conteúdo do direito fundamental e seu limite²⁶⁴. Com efeito, ao enfatizar a relevância de um sistema constitucional diferenciado de reserva de direitos fundamentais, a teoria externa contribui para melhor compreender a distinção propugnada entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo e, por conseguinte, a fundamentação necessária à aferição da legitimidade das restrições, revelando, assim, a preocupação em desenvolver as bases para formulação de mecanismos do controle das restrições encetadas por intervenções estatais no âmbito de proteção dos direitos fundamentais sob a ótica dos limites e dos requisitos constitucionais necessários para certificar da

²⁶¹ Assim coloca Reis Novais, *As restrições...*, p. 263, aduzindo, adicionalmente, que sempre haverá delimitação do âmbito de proteção de direitos fundamentais, nomeadamente pela própria necessidade de compatibilização sistemática das normas constitucionais ou mesmo por limites expressos colocados, de modo que se torna possível verificar a existência limites imanentes, explícitos ou implícitos. Ressalta, ademais (*Ibidem*, p. 299) que a controlabilidade das restrições impõe a existência de justificação constitucional, o que se apura mediante verificação de que as restrições estão amparadas por limites dos direitos fundamentais, de modo que a possibilidade de intervenção restritiva deve circunscrever-se ao espaço fornecido pelos limites.

²⁶² *Ibidem*, p. 304.

²⁶³ Concebe-se, assim (*Ibidem*, pp. 299-300), que o âmbito de proteção se refere a toda esfera de vida onde o direito fundamental desenvolve uma função de proteção, o que implica que qualquer intervenção que se verifique neste espaço tenha que preencher requisitos formais e materiais constitucionais; por outro lado, o âmbito de garantia efetivo representa o núcleo mais restrito, já não mais suscetível de intervenções estatais. Assim, é possível constatar que o âmbito de garantia efetivo, infenso à restrição, resulta da resultante entre o âmbito de proteção e a possibilidade reconhecida constitucionalmente de restrição – há, neste ponto, uma aproximação com a perspectiva de posições *prima facie* e definitiva, sustentada por Alexy. Quanto a isto, *Ibidem*, p. 262, ressalta, que a abordagem de normas *prima facie*, reconduz a concepções ampliativas da previsão normativa que encerra a ideia de que toda e qualquer intervenção significa potencial restrição e, logo, se afasta a perspectiva de que a delimitação do âmbito de proteção possa representar algo diverso de ação restritiva.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 301, frisa que a dualidade conceitual existente entre direito e limite caracteriza a teoria externa, e a distinção autoriza estabelecer o raciocínio de que o conteúdo do direito é sujeito à imposição de limites, justificadores de posteriores intervenções.

existência de justificação constitucional para efetivá-las legitimamente²⁶⁵.

Ademais, como assentado, atribuir caráter de restrição às ações orientadas à redução do conteúdo dos direitos fundamentais permite articular de forma mais sofisticada e abrangente os necessários mecanismos de controle quanto à legitimidade constitucional da intervenção estatal²⁶⁶.

Calha registrar, com efeito, que a positivação de direitos fundamentais pode estruturar, já à partida, limites expressos no enunciado normativo, descrevendo no texto constitucional os pressupostos que estarão, de antemão, excluídos da previsão normativa ou remetendo para lei ordinária a delegação de especificá-los.

Nestes casos, a questão é saber se a afetação decorrente de autorização constitucional reflete, efetivamente, um caráter de restrição de direito, isto é, se a existência de autorização constituinte que conduza a uma diminuição do conteúdo protegido do direito retira do empreendimento dos poderes constituídos o caráter de atividade restritiva, o que se abordará no tópico seguinte.

Nada obstante, é válido anteriormente ressaltar que há casos em que eventualmente não se depreenderá do enunciado a instituição de quaisquer limites expressos; nestas hipóteses, deve-se indagar, outrossim, se, afinal, a ausência de instituição de limites ou autorização para realizá-los admite a conclusão de que se trata de direitos não sujeitos à afetação, isto é, não passíveis de restrições, uma vez que poder-se-ia pressupor que a não introdução de limites serviria como indicativo de uma determinada opção livremente feita pelo legislador constituinte. Contrariamente, contudo, urge referir que a compreensão do sistema de direitos fundamentais, a partir de uma determinada perspectiva, ora assentada, conduz à conclusão de que será possível identificar dogmaticamente a existência de limites implícitos²⁶⁷.

Neste ponto, portanto, repercute a necessidade de reafirmar a identificação da abordagem teórica que se perfilha, de tal modo que a admissão, em primeiro, de restrições implícitas e, em segundo, de que sejam explícitas ou implícitas, relaciona-se diretamente com a compreensão acerca de quais fundamentações suportam o

²⁶⁵ Reis Novais, *As restrições...*, p. 305-306 demonstra que sob este aspecto da teoria externa, tem-se que a legitimidade da restrição exige observar a sua justificação formal e material dada por um limite, consistindo a conexão entre restrição e limite em relação de fundamental material e formal.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 292.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 285, v.g., sustenta a possibilidade de se conceber tanto restrições expressamente autorizadas quanto restrições implícitas ou não expressamente autorizadas.

estabelecimento destas distintas realidades e que consequências práticas concretas são reveladas a partir do seu reconhecimento ou refutação.

Neste contexto, é que se conclui que restrições expressamente autorizadas, efetivadas sem sede infraconstitucional, para que sejam legítimas, devem estar em conformidade com limites preconizados pela ordem constitucional, isto é, devem circunscrever-se à observância dos requisitos constitucionais, de modo a fornecer elementos passíveis de experimentar e submeter-se a controle; diferentemente, para falar-se em restrição não autorizadas, urge desafiar uma questão prévia, quanto à sua fundamentação e legitimação constitucional²⁶⁸.

Nesta toada, quando se coloca a questão das restrições não expressamente previstas ou autorizadas implicitamente estamos a falar da admissibilidade de restrições legítimas, mesmo quando não haja instituição de reserva expressa na Constituição, para, a partir disto, verificar as condições em que restrições não expressamente autorizadas podem se efetivar sem que isto resulte em vulneração de garantias jusfundamentais.

Há aqui, diga-se, relevância em se determinar se a intervenção dos poderes que incide sobre a dimensão dos direitos fundamentais decorre de concretização de limites imanentes ou se constitui restrição fundada em autorização constitucional, ainda que implícita, particularmente para verificar à luz de quais requisitos, seja pelo ângulo formal ou material, a atuação dos poderes constituídos deve ser cotejada²⁶⁹.

Caso o enfrentamento da questão fosse realizado adotando-se premissas exclusivamente depreendidas de formulações fundamentadas primacialmente na teoria interna, haveria de se colocar centralidade na ideia de limitação imanente dos direitos fundamentais, ou seja, na percepção de uma predeterminação constitucional

²⁶⁸ Reis Novais, *As restrições...*, pp. 285-286.

²⁶⁹ Consoante visto, para a teoria interna o que se realiza é a concretização de limites imanentes, de modo que a intervenção estatal tem caráter apenas declarativo, no sentido de revelar o conteúdo do direito e o sentido do limite existente já Constituição; porquanto tal atividade não se compreende como restrição, não se impõe a observância de requisitos para tanto previstos na Constituição. Como bem se distingue (*Ibidem*, pp. 528-532; 539-541), uma situação ocorre quando os poderes consideraram-se implicitamente autorizados a restringir, outra quando atuam apenas na revelação de restrição já existente na Constituição, ainda que implícita. Assim, na medida em que a teoria interna tende à compreensão de que limites estão preordenados, acaba-se por dispensar o preenchimento dos requisitos tipicamente exigidos para a restrição, afetando, ainda, a possibilidade de identificação objetiva, previsível e intersubjetivamente verificável do alcance da sustentada concretização e conduzindo, ao fim e ao cabo, ao enfraquecimento das garantias de direitos fundamentais. Contribui, negativamente, ainda, para uma certa visão distorcida do controle quanto à legitimidade constitucional, que se reduz à “marginalização” face a uma quase desnecessidade revelada pela escassez de hipóteses em que caberá.

do conteúdo dos direitos fundamentais, encerrada por uma preordenada delimitação do âmbito de proteção dos direitos, cuja conclusão, como perpassado, é de que a atividade dos poderes não enseja restrição, mas sim a revelação de limites imanentes, correspondendo a atuação uma mediação meramente declarativa do conteúdo jusfundamental²⁷⁰.

Nesta senda, estando a concretização de limites imanentes compreendida como atividade interpretativa que culmina com sua declaração por parte dos operadores-intérpretes, nomeadamente, do Estado-juiz e do Estado-administração, há certo esvaziamento das prerrogativas do Estado-legislador, do domínio dos direitos fundamentais e na mediação do conteúdo; a intervenção do legislador, neste contexto, acaba por revelar-se supérflua dado que a explicitação infraconstitucional da norma constitucional representa elemento dispensável para revelação do conteúdo, na medida em que demais poderes constituídos dispõe, por recursos aos métodos interpretativos, de meios para acessar o conteúdo e limites das normas, independentemente da atuação legiferante.

Temos, contudo, que a abordagem dos limites imanentes para projetar soluções referentes à questão das restrições, particularmente quanto às não expressamente autorizadas, revela-se insuficiente, desde logo porque o conhecimento predeterminado do direito, com seu conteúdo e limites, incorporando elementos cognoscíveis a todos os sujeitos, aptos a serem declarados, univocamente, é algo que milita contra a lógica estabelecida neste desenvolvimento²⁷¹.

Inobstante, amalgamando recursos da doutrina da imanência com da delimitação hermenêutica do âmbito de proteção, é possível formular bases adequadas ao desenvolvimento das questões atinentes às restrições não expressamente autorizadas observando, por um lado, a necessária deferência às opções e prerrogativas de decisão política do legislador e, por outro, o dever de se fiar em critérios objetivos, somando-se à solução guiada pela referência ao recurso à

²⁷⁰ Reis Novais, *As restrições...*, p. 355-356. Com isto, a teoria interna praticamente elimina o conceito de restrição, tornando, portanto, desnecessária a justificação deste ato, posto que não se reconhece a restrição exterior, apenas a limitação, que é constitutiva do próprio direito; concentra-se, assim, o controle na ação de delimitação do âmbito de proteção ou do conteúdo do direito fundamental.

²⁷¹ Corrobora a afirmação assumir o pressuposto, por um lado, de falibilidade da ideia de que o legislador detém onisciência para regular toda e qualquer situação, de forma adequada e precisa e, por outro, de inevitabilidade da ocorrência de restrições que, a seu turno, não consegue ser suficientemente compreendida recorrendo-se apenas à doutrina da limitação imanente ou pela concepção restritiva da previsão normativa. Cfr: *Ibidem*, p.565.

ponderação²⁷².

Ademais, ainda que na teoria externa se possa verificar alguma preferência metodológica ao recurso da subsunção, de modo que a validade das restrições tem relação com uma relação de conformidade em face de requisitos previstos no enunciado das normas constitucionais, isto é, que as restrições estejam fundamentadas no sistema de reservas constantes das normas de direitos fundamentais, é de se concluir que a eficaz controlabilidade das restrições ampara-se, de um lado, na verificação de uma restrição no âmbito de proteção de direito fundamental, ou seja, em verificar se a restrição incide, de fato, sobre bem jusfundamental protegido e, por outro, na apuração da justificação constitucional da intervenção, é dizer, cotejar se há autorização para tal e se estão observados os requisitos necessários para que se efetive²⁷³.

Sumariando a perspectiva, no que tange à compreensão dos limites, não se deve sonegar relevância a um primeiro momento, em que se estará a delimitar a

²⁷² A ponderação aqui tratada realça a perspectiva do modelo princípios tendo os direitos fundamentais como comando de otimização e que tendem à colisão, a ser resolvida pela verificação dos pesos. Neste âmbito, limites e restrições são observadas não como criações dos poderes, situadas externamente ao direito nem tampouco como limites imanentes, contidos no direito; são ocorrências naturalmente produzidas pela própria natureza das normas de direitos fundamentais, cuja cedência é assumida pela verificação de âmbitos *prima facie* e definitivos. Reconhecer que os efeitos jurídicos das normas são condicionados por esta característica, faz surgir a ideia de uma reserva geral imanente de ponderação – o que não é, propriamente, algo semelhante à ideia de limites imanentes da teoria interna – servindo como fundamento central para aferição da legitimidade de restrições perpetradas pelos poderes e atuando em favor da força normativa da Constituição, na medida em que garante que decorre dela própria e de sua interpretação a determinação da norma e suscetibilidade à novas restrições. Registra-se, ademais, que numa primeira quadra, o modelo de princípios confere particular centralidade à ponderação, enquanto a teoria externa busca privilegiar mecanismos de controle não sujeitos, tanto quanto possível, à ponderação. Vale registrar, contudo, que a abordagem da ponderação, tal como pensada por Alexy, não se efetiva desacompanhada dos pressupostos da teoria da argumentação e da fundamentação jurídica, como elementos facilitadores do controle dos procedimentos e dos resultados. Nesse sentido, a abordagem amparada nestes fundamentos oferece sistema de controle igualmente eficaz àquele propugnada pela teoria externa e, outrossim, estabelece um tratamento adequado e operativo às restrições, na medida em que a cedência que resulta na redução da amplitude regulativa *prima facie* estará sempre relacionada à fundamentação e vinculação de outros princípios com assento constitucional – desse modo, a maior vulnerabilidade de direitos decorrem não do fato de estarem regulados com ou sem reserva, mas em razão de possuírem estrutura de regra ou de princípio. Nesse sentido, Reis Novais, *As restrições...*, *passim*, pp. 339-344; 359-361; 553-558. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 1274-1275; 1281-1283 chama atenção para a inexistência de padrão abstrato e geral para solução de conflitos para sustentar a necessidade da ponderação; ressalta, com efeito, os riscos de isto se confundir com autorização para decisionismos, razão porque a ponderação não se pode aplicar sem articular-se com critérios metódicos abstratos e orientar-se na perspectiva da harmonização concreta dos direitos apoiada na concordância prática dos direitos e imbricação com a argumentação, de modo a que o processo de solução e controle da realização harmônica da otimização assente-se em premissas racionais, controláveis, adequadas e contextuais. Assim é que afasta a perspectiva de que a ponderação efetiva-se como exercício abusivo ou arbitrário, realçando a sua inevitabilidade para resolver problemas de limites e restrições.

²⁷³ Reis Novais, *op. cit.*, p. 354-355.

previsão normativa de modo a projetar o conteúdo constitucionalmente reconhecido pelo recurso à interpretação constitucional, que exclua, desde logo, “falsos problemas de direitos fundamentais”²⁷⁴.

Nesta medida, observando a previsão normativa das normas de direito fundamental, haverá a possibilidade de reconhecer elementos que dão suporte a uma primeira delimitação do âmbito de proteção, configurando uma “primeira versão juridicamente relevante da norma”²⁷⁵, acessada a partir da interpretação constitucional das garantias e reservas existentes, cujo conteúdo delimitado constituirá, posteriormente, o objeto de restrição, isto é, de intervenção desvantajosa por parte dos poderes constituídos, sejam elas legítimas ou não²⁷⁶.

Deste modo, se percebe a restrição como decorrente de ação dos poderes constituídos que afetam bem jusfundamental; antecede à restrição, contudo, a delimitação do conteúdo por intermédio da interpretação jurídica e identificação, inclusive, de limites semânticos contidos na norma constitucional²⁷⁷.

Ademais, a teoria externa assenta-se na natureza formalmente constitucional dos direitos em colisão como fundamento a ser exigido para a justificação da ocorrência de restrição; assim, apenas direitos formalmente constitucionais podem condicionar o âmbito de proteção de outros direitos, impingindo-lhes uma restrição, seja esta decorrente de autorização constitucional expressa, seja hipótese de restrição não expressamente autorizada.

²⁷⁴ Concebe-se, assim, que a questão relativa às restrições, enquanto problema jurídico-constitucional, não pode abdicar da interpretação jurídica das normas, enquanto momento anterior. Com esta inflexão, conclui-se que não é possível descortinar uma solução constitucionalmente adequada sem associar à ponderação os momentos de delimitação da previsão normativa do direito fundamental e de eventual limitação imanente do seu exercício legítimo, enfeixando, da forma mais objetiva possível, quais atuações dos poderes podem, para efeito de desencadearem controle das restrições, ser consideradas efetivamente restrições. Com esta explicação, Reis Novais, *As restrições...*, pp. 565-567. Também Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 265, destaca a delimitação do âmbito de proteção como necessária para definição do objeto e conteúdo principal, sendo etapa de determinação dos bens abrangidos pela proteção encerrada no preceito constitucional; revela-se, outrossim, um problema de interpretação das normas.

²⁷⁵ Reis Novais, *op. cit.*, pp. 273.

²⁷⁶ Assim, como assentado, delimitação ou limitação relaciona-se com o processo de determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, a fim de fixar contornos gerais e objetivos dos direitos. Os limites advenientes desta atividade funcionam como “fronteiras”, que fundamentam a ocorrência de restrições, isto é, as ações dos poderes que incidem de forma restritiva sobre o conteúdo devem observar os limites fixados. Nesse sentido, registra Reis Novais, *op. cit.*, pp. 277-279. Igualmente, Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 265, quando assenta que as restrições se verifica após prévia delimitação por interpretação ao nível constitucional, nomeadamente para fins de salvaguarda de outros bens constitucionais.

²⁷⁷ Reis Novais, *op. cit.*, p. 296.

Todavia, ainda que não se afaste o controle da legitimidade da restrição a partir da verificação de requisitos materiais e formais da Constituição, deve-se ressaltar o reconhecimento da inevitabilidade de conflitos normativos produzidos no âmbito dos direitos fundamentais, ainda quando consagrados sem reservas expressas e, por isto, assentir com a irrefutável possibilidade de os direitos fundamentais virem a sofrerem afetação desvantajosa, em face da necessidade de harmonização e aplicação ponderada de suas disposições²⁷⁸.

Assim sendo, ao admitir-se incidência da perspectiva principiológica dos direitos fundamentais, faz-se necessário invocar a ponderação no contexto da discussão quanto aos limites dos direitos fundamentais, nomeadamente quando se está a tratar de intervenções ablativas no domínio de direitos, para os quais não são atribuídas expressamente reservas ou autorização para restrição.

Isto porque, dado que é objetivamente impossível, ou ao menos significativamente improvável, que seja dado o estabelecimento prévio de toda e quaisquer hipótese de conflito decorrente da colisão de direitos fundamentais, a ponderação apresenta-se não só como elemento necessário à concretização do conteúdo de direitos, mas também constitui fundamento necessário à compreensão das limitações advenientes destas colisões, porquanto a determinação, que circunstancialmente acarretará a redução da amplitude do âmbito normativo, impõe a compatibilização com outros direitos que compõe o sistema constitucional²⁷⁹.

Com esta perspectiva, diante da potencial interação conflituosa das dimensões regulativas dos direitos fundamentais, isto é, da tendência à colisão que não raramente impõe a cedência do âmbito de proteção e a fim de manter-se a unidade da constituição, no contexto de uma perspectiva orientada à realização otimizada dos direitos fundamentais, a tarefa de harmonização das normas induzirá a cedência e redução do domínio efetivo, face à circunstancial impossibilidade de satisfação integral e simultânea de mais de um direito de estatura constitucional²⁸⁰, o que não se

²⁷⁸ Reis Novais, *As restrições...*, pp. 552-553.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 356-358.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 547-548, ademais, relembra que conflito é estado normal de normas de direitos fundamentais, na medida em que suas garantias oferecem aos destinatários posições jurídicas tendencialmente aptas à colisão, e tem força irradiante e eficácia vinculativa, dado o necessário reconhecimento da normatividade das normas e a aceitação da dimensão objetiva. Neste aspecto, admitir a impossibilidade de atuação restritiva de normas, ainda que sem reservas, forçaria a conclusão de que os poderes, diante de hipóteses conflituais, não disporia de instrumentos para garantir demais normas do conjunto.

efetiva em parâmetros adequados sem recorrer-se aos procedimentos orientados pelas etapas da proporcionalidade.

Significa isto dizer que a partir do entrelaçamento da teoria externa com a perspectiva dogmática adotada pelo modelo dos princípios, a ocorrência de colisões normativas entre direitos sem reserva expressa, cuja solução não seja fornecida pela delimitação do âmbito normativo pela interpretação constitucional, se reconhece a inevitabilidade de aplicar-se a proporcionalidade (dentro da qual se inclui a ponderação), não deixando de observar a segurança jurídica e a necessária separação dos poderes²⁸¹.

Ainda sobre esta vertente articulada, a introdução da ponderação pela teoria dos princípios, aliada aos recursos projetados pela teoria externa, sobretudo quanto aos mecanismos de controle baseadas na verificação da proporcionalidade, da igualdade e da reserva de lei, projetam, afinal, um modelo potencialmente adequado para atender a necessidade de controle das restrições e, ao mesmo tempo, de imposição de justificação racional das atividades restritivas encetadas pelos poderes públicos.

Dentro deste contexto, cumpre ressaltar que tratar a cedência de direitos fundamentais em colisão como hipótese de restrição, significa optar por uma abordagem pragmática, que, ao fim e ao cabo, se interessa em questionar as circunstâncias em que as restrições poderão ser aplicadas e quais serão os critérios de controle aplicáveis, afastando-se, pois, de concepções que retirem as intervenções nos direitos fundamentais da incidência de controles típicos das restrições, como àquelas lastreadas em premissas vindicadas pela teoria interna dos limites imanentes, e particularmente do pressuposto da evidência e ampla cognoscibilidade dos limites, enquanto elemento integrado internamente ao direito e reconhecível, à partida, por

²⁸¹ Calha novamente ressaltar a existência de distintas construções cujo mote é dotar de maior controlabilidade a ponderação e dos resultados que produz, pretendendo alcançar sua máxima efetividade sem desguarnecer a compatibilização constitucional e a observância de procedimentos objetivos e formais. Assim, a ponderação, nesta dimensão, repisa-se, deve orientar-se materialmente por parâmetros constitucionalmente reconhecidos, nomeadamente quanto se esteja colocada em causa a substituição ou invalidação, pelas instâncias judiciais, de decisões adotadas pelas instâncias políticas, nomeadamente quanto à proibição do excesso, garantia de conteúdo essencial e proporcionalidade; no que tange aos parâmetros formais, deve-se registrar que não são escamoteados por decorrência da ponderação, de modo que qualquer intervenção restritiva, mesmo que implicitamente autorizada pela necessidade de solução de problemas de colisão, entre princípios materiais opostos, carece de observar reserva de lei e da compatibilização com responsabilidades que são exclusiva do legislador democrático. Assim também, Reis Novais, *As Restrições...*, pp. 560-567.

todos os que operam o direito²⁸².

Nesta senda, a atuação restritiva dos poderes constituídos, isto é, que afetam direitos de forma desvantajosa, deve estar autorizada pela Constituição, expressa ou implicitamente, fundamentada em previsão legal e, afinal, estar adequada aos parâmetros constitucionais de controle, em particular da proporcionalidade e suas máximas parciais²⁸³.

Em linhas gerais, pode-se estabelecer, quanto à teoria interna das restrições, que parte, antes de mais, da perspectiva de um objeto uno (compreendendo o direito e seus limites), de modo que limitações são ínsitas, internas ou “imanescentes” no âmbito dos direitos fundamentais, isto é, o estabelecimento de limitações ao direito, ou exclusão da tutela determinados comportamentos, é algo interno e constitutivo do direito, preordenado e estabelecido, implícita ou explicitamente pela própria Constituição, não se sujeitando, portanto, à restrição exterior; dir-se-á, assim, que, nesta dimensão, direitos fundamentais sequer poderiam se colocar como objetos em colisão, afastando-se, conseqüentemente, a resolução eventuais conflitos pela proporcionalidade²⁸⁴.

Em sentido diverso, a teoria externa aplica a compreensão de que direito e restrições são fenômenos apartados, ou melhor dito, restrições são externas ao direito, não pertencem, portanto, ao seu conteúdo, sujeitando-o, porém, à redução do

²⁸² Reis Novais, *As restrições...*, pp. 542-543.

²⁸³ Em geral, teorias externas e inspiradas na teoria dos princípios corroboram a aceitação de restrições não expressamente autorizadas, compartilhando o pressuposto de que a atuação de restrições é necessária para harmonização dos direitos fundamentais e que tal atividade deve submeter-se a controle tão intenso quanto aquele empregado para restrições expressamente autorizadas. Nesse sentido, Reis Novais, *op. cit.*, pp. 551-552. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1273, a propósito, assenta que direitos não sujeitos à demarcação das restrições na constituição, isto é, aqueles cuja restrição não seja expressamente autorizada, não podem se sujeitar a sofrerem mais restrições do que aqueles que a Constituição diretamente restringe ou expressamente autoriza.

²⁸⁴ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 128-133. A abordagem proposta atrela, ademais, esta perspectiva a uma compreensão quanto à estruturação normativa típica de regra, formada por um suporte fático restrito – isto é, que exclui, à partida, do âmbito de proteção da norma, a possibilidade de se ver contempladas determinadas condutas – na qual as possibilidades de aplicação e restrição estão preordenadas, implicando, conseqüentemente, a impossibilidade de se estabelecer a colisões normativas e resolução de restrições pela ponderação. De modo sucinto, a existência de limite imanente é declarada pela interpretação; não se trata da constituição de restrições, mas sim do reconhecimento de uma não-proteção incidente sobre uma conduta potencialmente apta a inserir-se no âmbito de proteção amplo, caso se reconhecesse seu caráter *prima facie*, e, por esta razão, a limitação constitucional pré-existente, que venha a ser enunciada por lei, não autoriza que sobre esta se venha a imputar a condição de medida legal restritiva. Também assim, Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 110.

âmbito de proteção ao qual se atribui, *prima facie*, o caráter amplo²⁸⁵, ou, sob outro aspecto, contendo versão ampliada da previsão normativa.

A nossa vista, reconhecemos que o texto Constitucional pode, de fato, estabelecer limites à partida, identificáveis pela interpretação constitucional e, não raro, o faz, eliminando desde logo a possibilidade de se identificar determinadas condutas no âmbito de proteção de normas²⁸⁶.

Isto, todavia, não parece nos impor admitir que a limitação será, apenas, decorrente das disposições normativas ou da interpretação que se produz; isto porque, seja nas hipóteses em que a Constituição cede à lei a competência descrever as condições em que a limitação, antecipadamente autorizada, sucederá, seja nas hipóteses em que a limitação decorre da necessidade de conformação da norma constitucional de conteúdo positivo²⁸⁷, a necessidade de controlar as medidas adotadas, a forma e o conteúdo porque se produz as afetações negativas externamente ao direito mantem-se inabalada.

Contrariamente a esta conclusão, ainda que alguma doutrina que associe um determinado paradigma da abordagem principiológica à teoria externa²⁸⁸, assumindo o pressuposto necessário de formação de suporte fático amplo e, conseqüentemente, âmbito de proteção *prima facie* amplo, sujeito apenas à restrição externa – pelo que

²⁸⁵ Todavia, isto não conduz, *a priori*, a necessária correlação entre teoria externa e suporte fático amplo e teoria interna e suporte fático restrito, **havendo doutrina que sustente a existência de suporte fático estrito de direitos fundamentais, isto é, limitado à partida com recurso a cânones de interpretação, e nada obstante, admite a existência de restrições externas ao âmbito de proteção ao direito** [grifo nosso]. Com este registro, embora divirja desta posição, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 138; 158-162. Entendendo a adequação da “estratégia ampliativa” quanto a delimitação do âmbito de direito fundamental, contudo admitindo que deve ser desconsiderado do âmbito do direito aquilo que constitua ilícito penal em sentido material ou que seja consensual ou indiscutivelmente rejeitado por ser inadmissível em sociedade democrática: Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, pp. 100-101.

²⁸⁶ Por exemplo, a CRFB/88 no art. 5º., XI, limita diretamente o direito à inviolabilidade do domicílio, estabelecendo expressamente a restrição ao âmbito de proteção, nas hipótese de flagrante delito, desastre, diante da necessidade de prestar socorro ou por decorrência da determinação judicial. Também o faz quanto ao exercício da liberdade religiosa, no art. 5º., VIII, que não se insere no âmbito da proteção constitucional quando invocado para eximir-se de obrigação legal a todos imposta se não houver adimplemento de obrigação alternativa. Tal circunstância revela, afinal, a hipótese que Peces-barba Martínez, *Curso de derechos...*, p. 589, identifica pela distinção entre limites do direito e situações que não se encontram inclusas nos supostos de fato da norma, isto é, entre o que seja limite e delimitação conceitual do conteúdo do direito.

²⁸⁷ Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 114-115, neste ponto em particular, retira a possibilidade de ser considerada hipótese de restrição, revelando-se ser apenas a delimitação do âmbito de proteção.

²⁸⁸ Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, pp. 139-141, ressaltando-se, de logo, posição contrária externada, entre outros, por Reis Novais, *As restrições...*, pp. 322 e ss. e 357, face à sua particular compreensão acerca dos direitos fundamentais como trunfo e da abordagem que faz da teoria principiológica de Alexy.

não se admitiria a existência de limitação interna –, vislumbramos a viabilidade da perspectiva intermédia sustentada, através da qual se aborda as hipóteses de afetação negativa dos direitos fundamentais sociais, sobre as quais recai a alusão que fizemos quanto à restrição antecedente e posterior de direitos fundamentais²⁸⁹.

Relevante, pois, o detalhamento na medida em que a partir dele se imagina ser possível precisar quais exigências advém por consequência, isto é, que requisitos necessitam ser observados – dir-se-á, requisitos formais, como a reserva de lei ou autorização constitucional para restrição; e materiais, como, *v.g.*, garantia ao conteúdo essencial e respeito à proporcionalidade, incluída a ponderação²⁹⁰.

4.1.1. Restrição das normas de direitos fundamentais sociais em nível constitucional

Como situado anteriormente, é relevante apurar se a afetação decorrente de autorização constitucional considera-se restrição de direito, ou seja, se a existência de autorização constituinte retira o caráter de atividade restritiva; interessa, pois, tanto remontar a verificação quanto ao emprego da distinção entre restrição e limitação quanto estabelecer a compreensão quanto à arquitetura normativa dos direitos fundamentais sociais.

Sob este prisma, é de se reconhecer que a existência de limitações expressamente descritas à partir do texto constitucional decorrem de opção do legislador constituinte, formulada a fim de limitar, desde logo, o âmbito da norma ou, sob outro enfoque, estabelecer que condutas ou comportamentos estão dele excluídos, independentemente de tratar-se de estrutura de regra ou de princípio. Por exemplo, sabe-se, à partida, que na Constituição brasileira (art. 5º, XLVII, a)²⁹¹, a pena de morte em caso de guerra está excluída do âmbito de proteção do direito

²⁸⁹ Em sentido análogo, Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 102, pelo que se afasta de concepções restritivas ou excessivamente ampliativas do âmbito de proteção sem, com isso, negar a teoria externa de restrições.

²⁹⁰ Neste sentido, Reis Novais, *As Restrições...*, p. 172. Melo Alexadrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 118-119, assenta, ainda, que a reserva da lei não possui apenas uma dimensão negativa, de impedir que outras espécies normativas procedam restrições, mas também dimensão positiva exigindo que disposições legais contenham suficiente grau de certeza, densidade e precisão; ressalta, ainda, que podem ser revelar como conformadoras (determinam conteúdos) ou concretizadoras (regulando condições para o exercício do direito).

²⁹¹ A CRFB/88, em seu art. 5º, inciso XLVII descreve que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

fundamental à vida, isto é, há uma circunstância expressamente excluída da previsão da norma do direito fundamental à vida, ou, dito de outro modo, a existência de um pressuposto específico (em caso de guerra), impede que se articule a proteção fundamental da vida.

Com efeito, precisamente porque assentamos uma determinada perspectiva que corrobora a possibilidade de que normas assegurem delimitações no próprio texto constitucional, deduzíveis por recurso à interpretação, à primeira vista não caberá, em casos tais, a pretender sugerir a inconstitucionalidade do emprego de pena de morte em situações de guerra, sob o pretexto de tutela do direito fundamental à vida e a razão para isto é um tanto simples: assim quis o legislador constituinte.

Outro aspecto diz respeito à estrutura da norma, isto é, a forma como apresenta-se configurada no sistema normativo constitucional. Isto porque, como já abordado, a indicação de estrutura de regra pressupõe que a conduta que compõe a previsão normativa está já descrita com nível suficiente de determinação e definitividade regulativa – revelando-se, igualmente, incompatível com a possibilidade de ceder o âmbito de proteção em face do caso concreto, para além da exceção previamente estabelecida – de modo que, estruturada como regra, não se deve pretender assumir a possibilidade de se sustentar a inconstitucionalidade da limitação originariamente prevista, tampouco sustentar a possibilidade de introduzir restrições diversas ou adicionais àquelas já colocadas²⁹².

Neste sentido, será de menor relevância, para nosso propósito investigativo, adentrar nas hipóteses em que dispositivos constitucionais, particularmente quando configurados com estrutura de regra, fixam limites aos direitos fundamentais; nestas circunstâncias, a limitação é colocada diretamente pelo constituinte e, portanto, ressalvada implementação de modificação mediante eventual emenda constitucional²⁹³, intervenção praticada sob o pálio da limitação tem fundamento

²⁹² Assim, pode observar que em casos tais, vale a afirmação envergada por Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 89, que “independentemente da opinião que tenham sobre a matéria, parece inequívoco que o legislador constituinte quis tomar uma decisão definitiva, absoluta, sem exceções possíveis”.

²⁹³ Registre-se que o rol de direitos fundamentais da Constituição considera-se de cláusula pétrea constitucional, pelo que é vedada a alteração que os elimine (art. 60, §4º., IV, CRFB/88); obviamente que eventual alteração que suprima quaisquer das hipóteses de restrição diretamente estabelecidas não promove a abolição de direitos fundamentais, antes pelo contrário, amplia o âmbito de sua proteção. Divergência haveria se a alteração pretende-se a inclusão de novas hipóteses, ampliando-se, portanto, o rol de restrições. Por um lado, se poderia sustentar que alteração de tal jaez não seria, *a priori*, hábil para promover a abolição de direito fundamental e, neste sentido, seria possível, ainda que, eventualmente, estivesse sujeita à apreciação da Constitucionalidade,

constitucional e deverá ser observada, em relação direta de conformidade.

Trata-se de circunstância em que o texto constitucional acaba por exercer a função negativa da interpretação, isto é, normas constitucionais cuja afetação esteja estabelecida diretamente na Constituição, cumprem a função de ser limite e garantia, na medida em que ao estabelecer quais sejam os limites autorizados, assim o fazendo, reflexamente acabam por consagrar o âmbito de proteção garantido ou efetivo do direito fundamental²⁹⁴.

Ademais, compreendida a atuação estatal enquanto estrito cumprimento de exigência constitucional, não será possível o enquadramento do comportamento estatal, *a priori*, como medida restritiva – o que não significa dizer que, circunstancialmente, não pode vir a sê-lo²⁹⁵, o que se apura submetendo-se as eventuais ações dos poderes constituídos voltadas à concretização dos limites e, portanto, praticadas com esteio na previsão constitucional aos requisitos materiais de controle.

É preciso destacar, outrossim, que, na medida em que centramos nosso objeto de análise às normas de direitos fundamentais sociais, não tratamos, neste ponto, dos casos de limitação aos direitos fundamentais, mas de restrições respeitantes a esta qualidade de direitos, com a configuração que lhes são próprias, isto é, tratamos de restrições decorrentes de direitos que têm, primacialmente, conteúdo positivo, demandando prestações materiais positivas do Estado; e, ademais, não raro se apresentam com estrutura normativa associada à tipologia de princípios.

Trata-se de registro necessário posto que a forma como se verifica restrições em sede de direitos de conteúdo positivo e de caráter principiológico, difere em

segundo parâmetros tradicionais de controle. Trata-se, contudo, de matéria específica que não guarda, neste momento, pertinência com o objeto da pesquisa, nem se enquadra nos limites estabelecidos para a investigação.

²⁹⁴ Assim, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 1277-1278.

²⁹⁵ Exemplificativamente, quando a Constituição brasileira no art. 5º., VIII procede o envio à norma legal para fixação de obrigações alternativas àqueles que pretendem eximir-se de obrigação geral, sob a escusa da liberdade religiosa. Neste caso, *a priori*, a limitação não demarca uma restrição que, contudo, pode ser configurada a depender da delimitação levada a termo; também o inciso XV, que restringe a liberdade de locomoção em território nacional, remetendo à lei a disciplina das circunstâncias em que tal direito será limitado. Nestes casos, é certo que a simples imposição de limites não configura, *de per se*, restrição ao direito fundamental; antes, revelam o cumprimento da própria norma constitucional. Da mesma maneira, a hipótese tratada quanto à pena de morte em caso de guerra. Na circunstância concreta, contudo, pode-se verificar a incompatibilidade da legislação (restrição posterior) com a norma constitucional. Neste sentido, conclui semelhantemente, Melo Alexadrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 115, quando estabelece que distinções entre restrições e limitações são relativas porque “uma limitação pode transformar-se facilmente numa restrição”.

relevantes aspectos da restrição dirigida à direitos fundamentais de caráter negativo e de caráter de regra, nomeadamente porque nesta hipótese, em que a tutela de comportamento estatal relaciona-se prioritariamente com um não-agir ou um agir limitado, o ato estatal assume, *aprioristicamente*, maior aptidão para configurar ação restritiva; diversamente sucede no campo dos direitos fundamentais que exigem a atuação positiva estatal, particularmente de cunho prestacional, comumente dependentes de implementação de políticas públicas específicas, em que, tanto o não-agir, a omissão quanto a ação inadequada inserem-se rol de ações potencialmente violadores de direitos fundamentais.

Assim, sumariando as posições aludidas, no que tange à restrição em nível constitucional (referimo-nos à limitações identificadas diretamente na Constituição) no âmbito de direitos de tipo princípios, de conteúdo eminentemente positivo, carecendo da atuação positiva estatal para mediação do conteúdo juridicamente garantido²⁹⁶, é da natureza destas normas o atrelamento à legislação ordinária mediadora, que lhe confere densidade.

Assim sendo, ainda que a previsão contenha à partida, já no texto constitucional, uma exclusão de comportamentos – o que, em tese, confirmaria, segundo nossos pressupostos, a identificação de uma delimitação preordenada – haverá sentido em verificar a ocorrência de restrição, não em função do eventual conformidade com a limitação constitucional do recorte do âmbito normativo promovido pela legislação, mas pela avaliação em concreto da medida e sua aptidão para satisfazer outros aspectos da norma.

Exemplificativamente, pode-se referir ao direito fundamental à educação; porquanto trata-se de direito fundamental, o direito à educação poderia ser compreendido mediante um conjunto amplo de condutas e comportamentos aptos à ensejar a sua satisfação, não esgotados no plano jurídico-constitucional. Nada obstante, a Constituição brasileira descreve a abrangência dos deveres correlativos ao direito à educação, nomeadamente ao descrevê-los, no art. 208; colocando esta perspectiva é que afirmamos que às limitações ao direito fundamental introduzidas

²⁹⁶ Isto não quer dizer que todas as normas de direitos sociais possuem este caráter; revela, apenas, que àquelas que não possuem esta condição, isto é, que não estejam a demandar atuação positiva estatal para delimitação do seu conteúdo protegido, devem são garantidas pelos mesmos parâmetros de controle de restrições tradicionalmente atribuídos aos direitos fundamentais clássicos de liberdade (de primeira dimensão)

pelo legislador constituinte não se pode atribuir o caráter de restrição, bem como, *a priori*, não se poderá assim tratar medidas implementadas pelos poderes constituídos, quando escoradas nestas limitações.

Isto não significa dizer, contudo, que o direito à educação, no exemplo citado, se satisfaça constitucionalmente por quaisquer medidas articuladas para implementação de tais deveres: a uma, porque deveres, em si mesmo, contém razoável nível de indeterminação, cuja concretização demandará sua realização otimizada; a duas, porque as medidas a serem implementadas sujeitam-se aos mecanismos constitucionais de controle, a fim de verificar a ocorrência de restrições posteriores.

4.1.2. Restrição das normas de direitos fundamentais sociais quanto ao conteúdo regulado legislativamente

Quando tratamos de restrições posteriores, isto é, baseadas em intervenção legislativa ordinária, pretendemos enfatizar a atuação dos poderes constituídos no campo dos direitos fundamentais sociais.

Nesta seara, tenderá a ser, em muitas oportunidades, fluída a percepção de quais medidas sejam, efetivamente, violadoras de direitos, dado o caráter das estruturas normativas que geralmente abrigam esta tipologia de direito, particularmente quando se estiver a correlacionar violações decorrentes por ações insuficientes ou alterações dos mecanismos empregados para concretização material de determinado direito.

Com isto, percebe-se que não será apenas a omissão deliberada do Poder público na concretização de direitos sociais que virá a ser tratada por violação; também seu atendimento deficiente, ou, de outra forma, a implementação em desconformidade com parâmetros de controle típicos se apresenta como possíveis ações de intervenção restritiva violadora.

Ademais, ainda que a ação dos poderes constituídos esteja inserida no espaço delimitado pela Constituição, não se afasta de plano a possibilidade de vir a ser compreendida como uma intervenção restritiva no âmbito dos direitos fundamentais

sociais e, portanto, uma violação ao seu conteúdo – sujeita, assim, ao controle.

Nesse sentido, as atuações infraconstitucionais podem efetivar-se à reboque de delimitações existentes no texto constitucional ou sob pretexto da promover a regulação de direitos carecedores de densificação e, assim, assentar seu âmbito de garantia efetivo²⁹⁷.

Quanto à primeira hipótese, tratadas como decorrência daquilo que nominamos restrição antecedentes, seus aspectos foram já abordados; nas segundas, coloca-se a necessidade de consideração ampla do que se vem sustentado, particularmente pelas possibilidades interpretativas de extração de sentido do texto, seja pela articulação harmônica no caso concreto de um determinado direito com demais bens de estatura constitucional incidentes.

Em ambos os casos, projeta-se a possibilidade de que as intervenções restritivas levadas à efeito decorram de autorização constitucional expressa ou implícita – expressa no primeiro caso; implícita no segundo²⁹⁸.

Como já antecipamos, é possível depreender leis restritivas que sejam decorrência de autorização da constituição; também se pode verificar leis que não

²⁹⁷ Referimos aqui ao que Dimoulis, *Teoria Geral...*, pp. 152, trata por concretização mediante lei, isto é, casos em que não há limite constitucional ao direito fundamental, mas potencial intervenção estatal decorrente da necessidade de mediação legislativa do conteúdo de normas constitucionais.

²⁹⁸ Dimoulis, *op. cit.*, pp. 155-157, neste ponto, igualmente estabelece a distinção entre restrição estabelecida por autorização implícita e a decorrente de mera concretização. Diferentemente, contudo, atribui que a primeira se ocupa dos casos em que a própria formulação demonstra ser necessária a superveniência de lei para fixação condições do exercício do direito fundamental, enquanto, segundo alude, a mera concretização não exige que exista uma ordem na Constituição remetendo expressamente à lei, aceitando que pode-se verificar a autorização em “virtude da própria vontade constitucional”. Por outro lado, identifica outros direitos consagrados sem reserva que eventual intervenção restritiva no domínio do direito não decorre de autorização implícita; alega que a sustentação de eventual restrição se embasaria na “teoria do direito constitucional de colisão”, segundo o qual a restrição efetivada seria possível ou recorrendo-se à necessidade de estabelecimento da concordância prática, ou amparado por limites imanentes decorrentes do princípio da unidade do texto ou, por fim, amparada na diminuição de possibilidades de choque no exercício da liberdade. Nada obstante, conclui com a perspectiva de que a não introdução de reserva impede a restrição do direito, devendo-se admitir que se o constituinte não autorizou a limitação é porque não viu problemas no exercício do direito em sua plenitude. Acerca deste ponto, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 277-281, oportunamente ressalta a divergência quanto a compreensão de que inexistência de autorização expressa para restrição leve à conclusão de direitos “irrestringíveis”; salienta, por um lado, que a existência de conflitos concretos imporia reconhecer a existência de previsão indireta ou tácita da restrição, quando estiver em causa a necessidade de salvaguardar outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos, fundamentando-se a circunstância no princípio da fundamentação constitucional da restrição ou, como se introduziu mais modernamente, por decorrência de uma “reserva geral imanente de ponderação”, que, afinal, impõe a necessidade de justificação da restrição. Por outro lado, assume a posição segundo a qual a ocorrência de autorização implícita conduziria à burla ao preceito constitucional que comanda a existência de autorização, admitindo, ante hipóteses de ausência de autorização, apenas que leis interpretativas sobrevenham, desde que com natureza distinta de leis restritivas, para conformar conteúdo do direito fundamental.

sejam propriamente uma decorrência expressa, isto é, restrições que, conquanto não tenha sido expressamente autorizadas pela Constituição, têm a função de conformar o conteúdo de direitos que não oferecem a possibilidade de dedução, pelas vias interpretativas, do conteúdo juridicamente protegido e, conseqüentemente, esvaziam a possibilidade de aferir as pretensões subjetivas satisfativas do direito, no plano constitucional.

Ademais, há um particular aspecto da primeira hipótese que projeta algum interesse eis que, como dito, as normas constitucionais podem reservar a limitação do seu conteúdo direta e expressamente à lei. A fim de exemplificar, consoante depreende-se do o art. 5º., inc. XV CRFB/88, em que a norma constitucional restringe o direito à liberdade de locomoção, remetendo à lei a disciplina das circunstâncias em que tal limitação sucederá, é certo que a simples imposição de limites não é, *de per si*, uma restrição ao direito fundamental; antes, revela-se cumprimento da própria norma constitucional.

Na circunstância concreta, contudo, poder-se-á verificar que o preenchimento ordinário das condições em que tal limite se efetiva, na instância infraconstitucional, revela incompatibilidade da legislação com a norma constitucional, seja porque excede na regulação, seja porque se omite ou comprova-se insuficiente para satisfação do comando constitucional, ou mesmo desatente parâmetros formais e materiais de controle.

A avaliação que se faz concernente as autorizações constitucionais expressas é no sentido de afirmar-se a exigência de observar as limitações previamente autorizadas, isto é, a lei deve manter-se em conformidade com os limites previstos na constituição; ainda assim, quanto a própria extensão da limitação é fonte de indeterminação, o seu conteúdo – e não a limitação em si – deverá submeter-se à avaliação de sua constitucionalidade, consoante padrões de controle formais e materiais cognoscíveis dogmaticamente.

Por outro lado, eventuais intervenções restritivas que não estejam amparadas nas delimitações constitucionais, decorrentes da característica principiológica da norma constitucional, sujeitam-se, primacialmente, ao controle pela proporcionalidade, visando a identificação da norma prevalecente para o caso concreto. Neste caso, deve-se ressaltar a conclusão que tal decorre da compreensão de que as restrições implícitas derivam da necessidade de salvaguardar interesses

constitucionalmente protegidos e estão fundadas em “princípios constitucionais paralelos aos que alicerçam as restrições expressas”²⁹⁹.

Tal raciocínio se insere particularmente no domínio aplicável aos direitos sociais, particularmente quando inseridos na segunda hipótese. Com efeito, é preciso ressaltar que, no âmbito dos direitos carecedores de prestações materiais, tal circunstância torna-se particularmente corriqueira, posto que não raro há demanda por intervenção mediadora do conteúdo por atos legislativos densificadores do direito social; à guisa de exemplo, o art. 196, da CRFB/88, prescreve que a garantia ao direito à saúde dar-se-á mediante políticas sociais e econômicas, ressaltando, ainda, o art. 197, que ações e políticas públicas serão dispostas mediante lei. Trata-se de direito derivado à prestação e dependentes de regulação ordinária que preencha o conteúdo protegido ou efetivo dos direitos fundamentais – e, portanto, consequentes do direito fundamental ou, pela perspectiva que adotamos, posteriores.

Neste caso, a norma constitucional não especifica a delimitação do âmbito de proteção, pelo que se admite que ele será tendencialmente amplo e aberto às possibilidades de concretização do legislador, orientando-se pelas disponibilidades fáticas, materiais e jurídicas – por decorrência, amplo também será o espaço de conformação legislativa do direito fundamental conducente à formulação das políticas públicas responsáveis pela sua implementação. Ocorre, contudo, que tal margem ampliada para conformação poderá conduzir à restrição ao direito fundamental social – ou, no caso, o direito fundamental à saúde.

Como visto, trata-se aqui de mediações legislativas inseridas no âmbito material das normas constitucionais que refletem a concretização do âmbito de proteção efetivo de direitos fundamentais e que, por isso, são tendencialmente restritivas – seja compreendendo-se a existência de âmbito de proteção *prima facie* amplo seja compreendendo a existência de pressuposto implícito em todas as situações de qualquer gênero –, isto é, reduzem as possibilidades de proteção constitucional de posições jurídicas ou acesso material a bens de cariz jusfundamental.

Há, neste diapasão, a necessidade de verificação quanto à caracterização da

²⁹⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, p. 414. Trata-se, consoante expõe Dimoulis, *Teoria Geral...*, p. 155, de autorizações indiretas que resultam da própria formulação normativa e da necessidade de fixação de especificação do conteúdo do direito.

restrição para fins de ulterior controle, isto é, se se trata de restrição legítima ou ilegítima; isto porque, tal conclusão norteará a verificação quanto aos aspectos relacionados à justificação constitucional da medida implementada e da aferição de legitimidade segundo o prisma de requisitos constitucionais a serem articulados para a efetivação deste controle.

Com efeito, quando se está a tratar de hipótese em que não há identificação no texto de limites previamente determinados e, outrossim, a norma revela caráter eminentemente principiológico, deve-se reconhecer um “ônus de justificação” agravado em face da ausência de autorização expressa e, por conseguinte, o controle a ser exercido em face das medidas adotadas pelos poderes constituídos deve ser mais intenso, nomeadamente quanto à demonstração de existência da fundamentação constitucional justificadora da restrição³⁰⁰.

E, ainda, seja implícita ou explícita, intervenções restritivas do conteúdo de direitos fundamentais devem decorrer de interpretação correta, objetiva e sistemática da Constituição, buscando legitimidade dentro dela³⁰¹.

4.2. PERSPECTIVA CRÍTICA QUANTO AOS MECANISMOS DE CONTROLE DAS RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Consoante a forma como se coloca a restrição do direito fundamental, atraindo-se uma série de perspectivas a serem levadas em consideração para apreciação da compatibilidade constitucional das medidas implementadas, apurando-se desde a justificativa para a efetivação restrição, passando pela legitimidade para promover tais ações até os específicos mecanismos de controle de medidas interventivas, colocando-se em evidência, portanto, questões relativas à justificação, à legitimidade constitucional, bem como, às medidas de controle das restrições.

Ressalve-se, desde logo, que não se tem por escopo esgotar a amplitude do

³⁰⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 415-416. Dimoulis, *Teoria Geral...*, p. 153, reforça, ademais, que será sempre necessário verificar a eventual inconstitucionalidade de lei concretizadora.

³⁰¹ Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 415. Realça, assim, que o determinante é o conteúdo material do bem em causa e não a sua inscrição formal no plano constitucional ou infraconstitucional; isto porque a natureza principiológica das normas de direitos fundamentais, e a sua dimensão objetiva, centraliza a ponderação na compreensão da dogmática dos direitos fundamentais. Acerca do tema, com maior profundidade, cfr. Reis Novais, *As restrições...*, pp. 620-627.

debate acerca dos mecanismos de controle desenvolvidos dogmaticamente e todas as discussões subjacentes ao tema, ou, de outro modo dizendo, apresentar o “estado da arte” deste debate que, com toda a certeza, oferece amplo campo para empreender uma pesquisa específica apenas sobre este tema.

Nossa proposta, como aludido introdutoriamente, é centralizar a possibilidade de controle exercido por mecanismos específicos, pontuando criticamente a forma como se implementam na prática jurisprudencial.

4.2.1. O limite dos limites (“restrição às restrições”)

Deve-se aqui acentuar o que se pretende abordar posto que não é raro a alusão ao limite dos limites e restrição das restrições, como se quisesse revelar o mesmo fenômeno. Ocorre que, sendo os limites e as restrições realidades não necessariamente equivalentes, não se deve coloca-las sob a mesma abordagem; assim, quer-se tratar, efetivamente, de restrições a direitos fundamentais, produzidas externamente ao âmbito do direito, em caráter antecedente ou posterior.

A fim de colocação inicial, é salutar apontar a reflexão de Jorge Miranda, à luz da ordem constitucional portuguesa, quando salienta que restrições necessariamente devem fundar-se no sistema normativo constitucional, vocacionando-se à salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos, serem efetivadas apenas por meio de leis que, identifiquem o fundamento e a justificativa constitucional, bem como estejam precisa e suficientemente determinadas a fim de apurar-se o conhecimento exato dos parâmetros utilizados, exigindo-se, ademais, o caráter geral, abstrato e prospectivo da restrição, observando, em todo o caso, a garantia do conteúdo essencial e da proporcionalidade (proibição do excesso)³⁰².

³⁰² Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 417-421. Reporta, para além do que descreve o art. 18, da CRP/76, que as restrições devem guardar a observância dos fins em que se sustentam (art. 18º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem); não devem ultrapassar justa exigência (art. 29º, n.º. 2, da Declaração Universal), limitando-se ao necessário para salvaguarda de demais interesses constitucionalmente protegidos (art. 18º, n.º. 2, CRP/76), circunscrita à medida das exigências destes interesses (art. 270º, CRP/76), não avançando para além do estritamente necessário (art. 272º, n.º. 2), traduzindo, enfim, a subordinação à proibição do excesso. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 452, referindo à dupla terminologia (restrição das restrições e limite dos limites), ressalta que se trata de verificar a existência de requisitos formais (zona de proteção formal: exigência de lei) e materiais (conformidade substancial da lei restritiva: proporcionalidade, generalidade e abstração, não-retroatividade, salvaguarda do conteúdo essencial). Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 123,

Exemplificativamente, verifica-se que Constituições como portuguesa (art. 18º, nº. 2 e 3³⁰³), espanhola (art. 9, nº. 3³⁰⁴), sul-africana (art. 36, nº. 1 e 2³⁰⁵) e alemã (art. 19, nº. 1 e 2³⁰⁶), estabelecem condições cuja observância deve ser respeitada quando são adotadas medidas restritivas em face de direitos fundamentais, nomeadamente, existência de lei geral e abstrata, cuja a disciplina esteja voltada, em regra, à regulação de situações futuras (produzindo, assim, efeitos *ex nunc* e, conseqüentemente, revelando-se compatível com as exigências da segurança jurídica e da proteção da confiança), respeitando-se, em todo caso, o conteúdo essencial do direito afetado; particularmente na Constituição sul-africana, percorre-se exigências que revelam

elencando como limite aos limites o que descreve como exigências do Estado de direito, precisamente a igualdade, a proibição do excesso, a segurança jurídica e a proteção da confiança. Questão controversa diz respeito à possibilidade de sustentar-se a restrição de direitos fundamentais sem o amparo de outro direito fundamental, ou seja, diretamente por meio de um bem infraconstitucional. Defensor desta tese, Reis Novais, *Direitos Fundamentais...*, p. 114-122, assenta que tal formulação é preferível à alternativa de se buscar a “elevação artificial a bem constitucional” a fim de sustentar a colisão, mas exige que a restrição ocorra em consonância ao art., 29º, nº. 2, da Declaração Universal de Direitos Humanos, isto é, orientada por exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade. Exemplifica, à luz da ordem portuguesa, a hipótese de restrições a direitos fundamentais de investigação científica e liberdade de religião a partir de leis que, a fim de garantir a proteção de animais, como direito de natureza infraconstitucional, limitem a investigação para produção de cosméticos, no caso de investigação científica, ou proíbam a degola, no caso de expressão de rituais religiosos. Ainda que, formalmente, se verifique a correção do raciocínio, isto é, hipótese de cedência de direito fundamental em face de norma formalmente infraconstitucional, perfilhamos a compreensão de que se faz necessário a fundamentação constitucional da restrição, ainda que implicitamente, para justificar a restrição.

³⁰³ Assim a CRP/76 (PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Assembleia Constituinte, Lisboa, 02 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>) estabelece no artigo 18º (Força jurídica): “[...] 2. 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; 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”.

³⁰⁴ Art. 9º, nº. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. ESPAÑA. Constitución española de 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

³⁰⁵ Art. 36. Limitation of rights: nº. 1. The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in a open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including: a. the nature of the right; b. the importance of the purpose of the limitation; c. the nature and extent of the limitation; d. the relation between the limitation and its purpose; and e. less restrictive means to achieve the purpose; nº. 2. Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights. AFRICA DO SUL. South Africa Constitution of 1996. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012.pdf?lang=en

³⁰⁶ Art 19 [Restriction of basic rights - Legal remedies]: nº. 1. Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case. In addition, the law must specify the basic right affected and the Article in which it appears; nº. 2. In no case may the essence of a basic right be affected. ALEMANHA. Germany Constitution of 1949. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=en

mesmo a compatibilidade com as submáximas da proporcionalidade.

Ademais, diversas outras Constituições estabelecem, na descrição de direitos específicos³⁰⁷, a outorga à lei para afetação de direitos fundamentais sem, contudo, indicar um regime específico a ser observado na oportunidade em que a atividade legislativa ordinária investe na redução destes espaços.

Reis Novais sustenta que se aplica ao controle de constitucionalidade de restrições observa os mesmos padrões de controle próprio do Estado de direito – a saber: “igualdade, dignidade da pessoa humana, proibição do excesso, proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança e segurança jurídica e garantia do conteúdo essencial”³⁰⁸.

Neste trilhar, parece-nos mesmo que a proteção dependerá dos parâmetros utilizados para a restrição, de modo que se a ação estatal for proporcional, se observar padrões típicos de controle, não atentará contra a Constituição; em outras palavras, o

³⁰⁷ Cite-se, exemplificativamente, na Constituição colombiana, os arts. 16 (direito ao livre desenvolvimento da personalidade), 24 (direito à livre locomoção em território nacional) e 37 (direito de manifestar-se pública e pacificamente); na Constituição brasileira, os arts. 5, VI, (direito à liberdade religiosa), 5º, XII (direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas) e 6º, X (direito à proteção do salário); ou na Constituição italiana, os arts. 15 (direito à inviolabilidade da comunicação e correspondência), 16 (direito à livre locomoção em território nacional) e 42 (direito à propriedade privada), todas hipóteses em que se prevê possibilidade de restrição do direito fundamental por lei ulterior. (COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>)

³⁰⁸ Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 249. O autor, lembrando o contexto constitucional da Alemanha, em que direitos sociais não gozam a estatura de direitos fundamentais, trata, ainda, a importação de princípio, como a proibição ao retrocesso, como uma iniciativa “totalmente improdutiva, redundante e obscurecedora em contextos constitucionais em que os direitos sociais são direitos fundamentais”. FREITAS, Tiago Fidalgo de. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social. **Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, 2006, pp. 783-850, pp. 839-340, vislumbra três circunstâncias de proteção de direitos sociais concretizados legislativamente: i) quando haja previsão normativa específica como a do art. 74, nº 2, alínea e); ii) quando a um direito social esteja associada uma garantia institucional; iii) quando a Constituição estabeleça um dever de proteção de direitos fundamentais; a partir disto relaciona a limitação quanto à restrição pode advir: i) do reconhecimento de cláusulas específicas da proibição do retrocesso social (Cfr. Ac. TCP nº. 148/94); ii) da associação do direito à garantia institucional Cfr. Ac. TCP nº. 39/84); ou por limites gerais, isto é, os parâmetros de controle constitucionalidade. Concernente às manifestações da força jurídica dos direitos sociais, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 364-365; 378, elenca alguns aspectos, a saber: imposição legislativa concreta de medidas para tornar exequíveis a disposição constitucional; padrão jurídico de controle judicial de normas, com conteúdo mínimo imperativo e fator de interpretação normativa; fundamento constitucional de restrição ou limitação de outros direitos fundamentais; força irradiante, conferindo certa capacidade de resistência dos direitos derivados a prestações. Reside na capacidade de resistência dos direitos derivados a proposta de três níveis de garantia das posições jurídicas sociais criadas pelo legislador ordinário: i) um nível mínimo, decorrente da proibição de revogação pura e simples, sem substituição, da concretização legal, quando o conteúdo concretizado deva ser considerado protegido ou exigido pelo princípio da dignidade da pessoa humana; ii) um nível intermédio, que decorre da proteção das posições e situações existentes através dos efeitos da proteção da confiança, da igualdade, da proteção do arbítrio e da proteção da desrazoabilidade manifesta; iii) nível máximo, quando as concretizações devam ser considerados materialmente constitucionais e, enquanto tal, prevalecentes sobre outras normas legais.

que se impõe em matéria de restrição, é o dever de fundamentação centrado em bens e valores constitucionais, é o ônus argumentativo referenciado na Constituição.

Nesse contexto, abordaremos, para fins de análise, aspectos relacionados com a tutela de segurança jurídica e proteção de confiança e da garantia do conteúdo essencial.

4.2.1.1. Segurança jurídica e proteção da confiança

A segurança jurídica é princípio estruturador do Estado de direito democrático, presente no texto constitucional (art. 2º. CRP/76 e art. 1º. CRFB/88) e consagrado em conteúdo autônomo, com exigências de previsibilidade, de confiabilidade³⁰⁹ e de calculabilidade da ação estatal; de clareza, de densidade, de determinabilidade e de estabilidade das normas jurídicas; de transparência e publicidade dos atos emanados dos poderes públicos; além de respeito às expectativas e interesses particulares legítimos e dignos de proteção³¹⁰.

Ademais, revela exigências que configuram uma dimensão objetiva, que limita e vincula a atuação de todos os poderes estaduais³¹¹, e, ainda, uma dimensão subjetiva, que tutela a confiabilidade na manutenção da ordem vigente e a determinação de não-surpresa de mudanças de comportamentos estaduais³¹².

A dualidade entre dimensões objetivas e subjetivas da segurança jurídica

³⁰⁹ PINTO, Paulo Mota. A proteção da confiança na jurisprudência da crise. In: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (org.). **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 137, afirma que a confiança está na base da própria “possibilidade de vigência da ordem constitucional”, uma vez que é a manutenção da confiança no ordenamento, e respeito às garantias e regras que prevê, que permite a continuidade da vigência da ordem constitucional.

³¹⁰ Reis Novais, *Os princípios estruturantes...*, p. 261; nesse sentido, também, Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 311-312; Maria Lúcia Amaral, *A forma da república...*, p. 184; Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 79; ROCHA JÚNIOR, Luís Clóvis Machado. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2014, p. 146.

³¹¹ Reis Novais, op. cit., pp. 262-263; Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 257, neste particular, obtempera que segurança jurídica orienta a produção de atos normativos (proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos), de atos jurisdicionais (inalterabilidade do caso julgado) e de atos administrativos (estabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos).

³¹² Friedrich A. Hayek, *Os fundamentos...*, p. 168, neste contexto, registra a importância desta dimensão para a forma como os indivíduos hão de conduzir suas próprias vidas, na medida em que “o conhecimento de que certas normas serão universalmente aplicadas é importante para o indivíduo, pois, conseqüentemente, os diversos fins e formas de ação adquirem para ele novas propriedades. Ele tem conhecimento de relações de causa e efeito decorrentes da ação humana das quais pode fazer o uso que bem lhe aprouver. Os efeitos dessas leis elaboradas pelo homem nas suas ações são idênticos aos efeitos das leis naturais: o seu conhecimento de ambos os tipos de leis permite-lhe prever as conseqüências de seus atos e ajuda-o a planejar sua vida com maior confiança”.

conduz à conclusão de que se deve compreender ambas dimensões normativas de modo distinto, posto que configuram enunciados deônticos próprios e descrevem condutas de dever-ser díspares³¹³.

Nesse sentido, decorrente do aspecto dinâmico subjetivo da segurança jurídica, com a pretensão de proteção de situações individuais, por razões subjetivas, se deduz a tutela da proteção da confiança, ou, dito de outro modo, do plano subjetivo da segurança jurídica se fundamenta a proteção da confiança³¹⁴.

A proteção da confiança está fundamentada em elementos decorrentes do Estado de direito (desde logo, a proibição contra o arbítrio e o poder ilimitado do Estado e elementos materiais conformadores)³¹⁵, e busca seu fundamento, no plano constitucional luso-brasileiro, nos art. 2º, CRP/76 e art. 1º, CRFB/88.

Aceitando-se a premissa de que o Direito tem por objetivo assegurar expectativas legítimas, sem as quais não se pode cogitar o respeito à estabilidade e à previsibilidade da atuação dos poderes públicos, se invoca a proteção da confiança,

³¹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 314-320, nesse sentido, refere-se à dimensão normativa estática e dinâmica para esclarecer a distinção. Assim, ao referir-se à dimensão normativa estática prende-se com a noção conhecimento do direito, isto é, das normas e atos, de seus conteúdos, das condições para aplicação, p. ex.; a dimensão dinâmica da segurança jurídica, por outro lado, remete, em síntese, à uma iteração entre relação passadas (confiabilidade e estabilidade) e futuras (calculabilidade e continuidade); A este respeito, TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 765, registra: “(...) a segurança jurídica se projeta para o passado (irretroatividade das leis e das emendas à Constituição), ela também se lança para o futuro (com a pretensão de estabilidade mínima do Direito e com seus institutos destinados a alcançar esta finalidade, como cláusulas pétreas, usucapião etc)”.

³¹⁴ Ávila, *Segurança...*, p. 390. Também assim, Paulo Mota Pinto, *A proteção...*, p. 164, afirmando que a proteção conferida é subjetiva, ou seja, dirigida a sujeitos individualizados ou individualizáveis e não uma proteção objetiva – de garantia de estabilidade e continuidade – contidas no âmbito de proteção da segurança jurídica. A propósito, LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 7º. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 603-604, remontando o preâmbulo da proteção da confiança (Vertrauensschutz), no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, registra que seu desenvolvimento se deu a partir do princípio do Estado de direito, restringida a perspectiva da relação entre cidadão com a legislação. Observa, ainda, que a proteção da confiança surge impedindo a retroatividade de leis e situações jurídicas, “tanto quanto e na medida em que o cidadão devesse confiar na permanência da posição jurídica que daí para si deriva”, sempre que se trata de uma situação em que a confiança seja objetivamente justificada e digna de proteção. Ademais, sinaliza que “*apenas razões concludentes de bem comum ou uma confiança do indivíduo que não carece – ou já não carece – de proteção podem justificar ou mesmo exigir uma derrogação ao princípio do Estado de direito de proibição de retroatividade a favor da liberdade de conformação do legislador*”.

³¹⁵ Reis Novais, *Os princípios estruturantes...*, p. 270 ressalta que existe uma aproximação entre o princípio da proteção da confiança, da proibição do arbítrio e da proibição do excesso; afirma, outrossim, que a proteção da confiança é verdadeiramente um teste de ponderação de bens: de um lado, as expectativas dos particulares, do outro lado, a importância do interesse público prosseguido e o próprio princípio democrático. Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 314-315 descreve como regras jurídicas reveladoras da noção subjacente à proteção da confiança em matéria de direitos fundamentais na CRP, p. ex.: i) art. 18, 3, 1º parte – generalidade e abstração das leis restritivas de DLG; ii) art. 18, 3, 2º parte – proibição de leis restritivas de efeito retroativo; iii) art. 19 – declaração de estado de sítio ou de emergência para suspensão de DLG; iv) art. 103, 3 – proibição de impostos de natureza retroativa; v) não retorno de concretização de normas legais que confirmam exequibilidade a normas constitucionais de DLG não exequíveis, tipificadas nos art. 26, 3; 35; 41, 6; 52, 3.

como instrumento da tutela das restrições de direitos fundamentais³¹⁶. A tutela, por certo, exige que exista uma situação de confiança, isto é, uma expectativa de continuidade de comportamento estatal baseada em razões legítimas e fundadas, cuja afetação, por ato contrário superveniente dos poderes públicos é, precisamente, o objeto tutelado pela proteção da confiança.

Nada obstante, em sede doutrinária, no esforço de densificação do conteúdo do princípio, há, alguma variação da identificação de critérios³¹⁷, mas, substancialmente, é possível destacar pontos de convergência na identificação destes elementos, concentrando divergências mais na forma com que são sistematizados e elencados os critérios do que propriamente na aceitação de quais sejam efetivamente relevantes.

³¹⁶ Detalhando a compreensão quanto ao conteúdo jurídico da proteção da confiança, VAZ, Manuel Afonso [et.al.]. **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional português**. 1º. Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012, p. 352, o princípio da proteção da confiança, pode ser compreendido como uma “*decorrência do tempo e como uma proteção contra o tempo*”; ademais, retirado do princípio do Estado Democrático de Direito e decorrente da proibição do arbítrio (Acórdão do TCP n.º 305/90), institui, pois, um **dever de fundamentação** dos atos normativos que afetem as legítimas expectativas criadas na esfera dos cidadãos [grifo nosso]; Blanco de Moraes, *Curso de Direito...*, T. 2, p. 482, por outro lado, conceitua o princípio como dimensão subjetiva e defensiva da segurança jurídica, aplicada nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais, quando os atos legislativos tiverem pretensão de eficácia retroativa ou retrospectiva. Tem a função, portanto, de **proteger expectativas legítimas** das pessoas na estabilidade dos regimes jurídicos de ações imprevistas dos Poderes Públicos que, afetando-as de modo excessivo, frustra planos de vida elaboradas com base na confiança [grifo nosso]. Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, p. 312, descreve a proteção da confiança como a vinculação do Estado a um dever de boa-fé, de lealdade e de respeito aos particulares; Paulo Mota Pinto, op. cit., p. 164, ressalta que a proteção da confiança é uma “proteção de disposições” ou de “*investimentos na confiança*”, isto é, proteção de sujeitos que confiaram e que por causa disso realizaram os “*investimentos na confiança*”. Tratando a questão pela perspectiva civilista – embora com negável influência no desenvolvimento no âmbito do direito público, e, particularmente, no direito constitucional, MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 2º. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001, p. 758, ressalta que para a concretização da confiança deve suceder: “a atuação de um fato gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica; a adesão do confiante a esse fato; o assentar, por parte dele, de aspectos importantes da sua atividade posterior sobre a confiança gerada - um determinado investimento de confiança - de tal forma que a supressão do fato provoque iniquidade sem remédio”.

³¹⁷ Reis Novais, *Os princípios estruturantes...*, p. 267, afirma que a invocação do princípio depende da reunião cumulativa de três pressupostos: i) expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica; ii) que as expectativas tenham sido alimentadas ou toleradas pelo Estado; iii) que tenha havido uma mudança inesperada do comportamento do Estado; Maria Lúcia Amaral, *A forma da república...*, p. 182-183, por seu turno, compreende a concorrência de quatro pressupostos: i) poderes públicos tenham tomado decisões ou comportamentos susceptíveis de gerar expectativas de continuidade; ii) cidadãos tenham tomado decisões ou feito planos com base nestas expectativas; iii) expectativas de continuidade sejam legítimas e fundadas em boas razões; iv) mudança de comportamento dos poderes públicos não seja exigida por razões de interesse público; Jorge Miranda, op. cit., p. 314, por exemplo, já identifica cinco pressupostos para a tutela da confiança: i) a atuação de um sujeito de direito que crie a confiança (na manutenção de uma situação jurídica ou na adoção de outra conduta); ii) situação de confiança justificada do destinatário da atuação de outrem, bem como elementos concretos legitimadores dessa convicção; iii) investimento de confiança; iv)nexo de causalidade entre a atuação geradora da confiança e a situação de confiança; v) frustração da confiança por parte do sujeito jurídico que a criou.

Nesta toada, insta destacar que a proteção da confiança assume caráter funcional de exercer “proteção de disposições” ou de “investimentos na confiança”, isto é, de proteção dos indivíduos que, confiando no Estado, realizam disposições e planos de vida (“investimentos de confiança”)³¹⁸; representa, pois, uma garantia da “vigência da ordem constitucional”, porquanto subjaz a ela a garantia da manutenção das regras, procedimentos e garantias – através do respeito às disposições legais e não por força coativa ou vigilância³¹⁹, de modo que, para além de proporcionar a defesa de interesses individuais, a proteção da confiança vincula um dever de boa-fé e lealdade por parte Estado, traduzida na confiabilidade na manutenção quadro legislativo vigente³²⁰.

A limitação que opera não deve, contudo, pretender retirar do Estado a liberdade para modificar as políticas que implementa, com base na avaliação da efetividade, dos resultados, impedindo a readequação em face à novas realidades econômicas e sociais etc, nem tampouco engessar as possibilidades de implantação de programa político estabelecido por novas maiorias políticas eleitas democraticamente.

Tem-se a perspectiva de que a necessária garantia à liberdade legislativa para atualizar e mediar direitos fundamentais pela via legislativa é inerente à Democracia e condição de sua vivência e aplicação prática³²¹. Ocorre que, se é certo que ao Estado é facultado modificar seu comportamento, adequando-se à evolução dos fatos,

³¹⁸ Mota Pinto, *A proteção...*, p. 164.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 137. Aduz, ainda, que a confiança constitui elemento essencial para o “plebiscito quotidiano” em que se transforma essa vigência. A expressão remete às lições de Smend, *Constitution...*, 217-218, com sua teoria da integração, concebida como processo de contínua renovação do Estado, o “*plebiscito do cotidiano*” em detrimento de um comportamento estático; é reunião das diversas manifestações individuais do estado, em processo de contínua renovação e formação, reconduzidas a uma “estrutura espiritual”; e também de ISENSEE, Josef. El pueblo fundamento de la Constitución (Das volk als grund der Verfassung). **Anuario de Derechos Humanos**, Nueva Época, vol. 6, 2005, p. 423, quando afirma que uma constituição não se implanta por um simples ato, de modo que seu “êxito” não é nunca definitivo ou indiscutido. Assim, deve ser continuamente renovado, no “*plebiscito diário da vida social e estatal*”, de modo que a eficácia da Constituição não se seque e desapareça”. A crítica ao respeito, ou, por outro aspecto, à proteção da Constituição pela vigilância, remonta à SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 31, que afirmava que confiar a “*proteção da Constituição à vigilância por parte de todos os cidadãos*” resulta em um “*direito geral à insubordinação*”.

³²⁰ Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 312-315, indica que a proteção da confiança repercute na estabilidade legislativa ou durabilidade razoável das normas que atingem situações jurídicas subjetivas.

³²¹ Nesse sentido, Maria Lúcia Amaral, *A forma da república...*, p.182 chama atenção para o fato de que imprevisibilidade da vida pode impor ao legislador a revisão de opções, inclusive atribuindo efeitos retroativos, como forma de “*perseguir o interesse público e proteger o interesse concreto das pessoas*”; Gomes Canotilho, *Direito constitucional...*, p. 260, observa, ainda, que um óbice à retroatividade de normas jurídicas tem o condão de impedir “*as instâncias legiferantes de realizar novas exigências de justiça e concretizar as ideias de ordenação social positivamente plasmadas na Constituição*”.

também é certo que se encontra, invariavelmente vinculado de força dos direitos fundamentais e deve guardar respeito, protegê-los e submeter-se aos parâmetros constitucionais de controle, nomeadamente pela tutela da confiança e da segurança jurídica, quando intervém restritivamente.

Nesse sentido, ainda que a revisibilidade seja uma prerrogativa do legislador, a alteração de comportamento estatal não deve produzir rupturas ou descontinuidades arbitrárias na ordem jurídica, de modo a afetar as justas expectativas dos cidadãos, conduzir-se à frustração da confiança e, com isso, “*deteriorar a credibilidade preceptiva das leis*”³²².

Torna-se imperioso, portanto, identificar o marco temporal a partir do qual retirar possibilidade de liberdade da atuação legislativa restritiva, será conforme, porquanto decorre da necessidade de proteção de situações jurídicas já consolidadas. É possível, assim, definir três parâmetros relacionadas à aplicação temporal da lei: retroativa, retrospectiva e prospectiva.

Nestes termos, em princípio, quando se dispõe acerca de situações futuras, isto é, quando a intervenção não afeta posições jurídicas criadas ou situações jurídicas já constituídas, deve-se exigir autocontenção na articulação de medidas de controle e, conseqüentemente, garantir maior liberdade à atuação estatal; nestas circunstâncias, portanto, não deve incidir a proteção da confiança³²³.

Na outra ponta, uma lei retroativa³²⁴ – isto é, que afete posições jurídicas já estabilizadas, esgotadas no passado – será, em princípio, constitucionalmente ilegítima; diz-se, em princípio, porque, como sustentado, há aqui a exigência de maior autocontenção para articulação do controle, e não sua abdicação plena; isto porque,

³²² RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, O Constitucionalismo dos Princípios. In: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (org.). **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 80

³²³ Nesse sentido, Reis Novais, *Os princípios estruturantes...*, p. 264 e Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 80.

³²⁴ Reis Novais, *op. cit.*, pp. 265-266. Observa, ademais, que trata-se de retroatividade autêntica quando lei nova pretende afetar situações já esgotadas ou estabilizadas no passado; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, pp. 261-262, compreende a retroatividade autêntica como a situação em que uma norma pretende ter efeitos sobre o passado (ex tunc); distinta, portanto, de lei que, pretendendo vigorar para o futuro (ex nunc), acaba por tocar situações, direitos ou relações jurídicas desenvolvidas no passado mas ainda existentes. Neste caso, alguns efeitos jurídicos da lei nova acabam sendo vinculados a pressupostos ou relações iniciadas no passado; aduz, ainda, que retroatividade consiste numa ficção, revelada quando: i) se decreta a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal anterior à data de sua entrada em vigor (retroatividade em sentido estrito); ii) se ligar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de fato existentes antes de sua entrada em vigor (conexão retroativa quanto a efeitos jurídicos).

circunstancialmente, regulações, ainda que projetadas para casos futuros, podem vir a configurar restrições aos direitos fundamentais³²⁵.

Em uma zona intermédia, encontra-se os casos de retroatividade inautêntica ou aparente (ou retrospectividade)³²⁶, que indica o comportamento de normas que, embora tenham pretensão de produzir efeitos futuros, acabam por atingir situações já existentes.

Nestes casos, a incidência da proteção da confiança é relativamente menor, isto é, demandará a verificação das circunstâncias subjacentes ao caso concreto a fim de determinar, recorrendo-se à verificação da proporcionalidade da afetação, a sua legitimidade³²⁷. Sob esta ótica, alguma doutrina sustenta que o alcance do princípio se revela a partir da análise do caso concreto, dependendo da avaliação das circunstâncias da situação jurídica colocada e dos interesses conflitantes, a fim de definir aquele que terá maior peso e, por conseguinte, prevalecerá³²⁸.

³²⁵ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 260. Ressalta, ainda, que a lei retroativa é sempre inconstitucional quando uma norma inconstitucional assim o determina, a exemplo: i) Leis penais (art. 29, 1º; 2º; 3º e 4º); ii) leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (art. 18, 3º); iii) leis fiscais (art. 103, 3º). Ademais, uma lei retroativa pode ser inconstitucional quando um princípio constitucional, positivamente plasmado e com suficiente densidade, assim o justifique; Reis Novais, *Os princípios estruturantes...*, p. 265 ressalta que apenas a existência do interesse público poderia de forma excepcional, justificar que situações ou posições dos particulares já juridicamente estabilizadas e consumadas sejam afetadas retroativamente. Assim sendo, uma lei retroativa que afete desvantajosamente posições particulares será, a priori, inconstitucional; passará, contudo, pelo teste da ponderação, cotejando, de um lado, os interesses de segurança jurídica, de previsibilidade e de proteção da confiança e, do outro, interesse público que pretenda justificar a exceção; Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 80, ressalta que incide uma presunção de inconstitucionalidade, que será absoluta nos casos dos artigos 18, nº 3, 29 e 103, nº 3 da CRP – mas que, excepcionalmente, pode ser afastada pelo reconhecimento de peso superior a determinado interesse público ou “constelação de direitos e interesses”.

³²⁶ Reis Novais, *op. cit.*, pp. 265-266, trata de retrospectividade ou retroatividade inautêntica a hipótese em que lei nova só reclama uma vigência ex nunc, “ainda que com virtualidade de afetar direitos, posições ou situações que, embora constituídas no passado, prolongam seus efeitos no presente”. Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 80, refere-se às leis que, aplicando-se às situações jurídicas constituídas no passado, prolongam os seus efeitos no futuro.

³²⁷ Assim, Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 262; Melo Alexandrino, *op. cit.*, p. 80; Reis Novais, *Princípios estruturantes...*, pp. 266-267 revela que, no limite, o confronto se dá entre o interesse público perseguido pelo legislador e a força de resistência das expectativas dos particulares.

³²⁸ Reis Novais, *op. cit.*, p. 264, defende que devem ser cotejadas a “*dignidade objetiva da proteção da confiança que o particular depositava na inalterabilidade do quadro legislativo*”, o “*peso relativo no interesse público*”, a “*relevância dos interesses particulares e a intensidade da sua afetação*” e a “*margem de livre conformação*” legislativa; Melo Alexandrino, *op. cit.*, pp. 79-80, sustenta que a proteção da confiança conduz a uma “*garantia de proteção variável*”, a ser descortinada perante as circunstâncias de cada caso, limitada, desde logo, por outras três realidades: i) a margem de conformação do legislador; ii) a relação entre o tempo e a rigidez regulativa; iii) e o postulado da flexibilidade. Portanto, não se diga, de partida, que o princípio democrático será, de qualquer modo, colocado em causa. A este respeito, PISARELLO Gerardo. La crítica de la percepción dogmática: la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos civiles y políticos. In: _____. *Los derechos sociales y sus garantías*: Elementos para una reconstrucción, Trotta, 2006, p. 91, oportunamente observa que, quando tribunais controlam e sancionam a Administração, em decorrência de

A jurisprudência do TCP, desde há muito aplicando o princípio da proteção da confiança, acabou por estabelecer critérios densificadores que nortearam a sua aplicação.

Em um primeiro momento, ressalta Mota Pinto³²⁹, o TCP, assenta limites à retroatividade – sem excluir inteiramente a possibilidade de que ocorressem, particularmente em matéria fiscal – sendo sancionáveis aquelas qualificadas como “retroatividades intoleráveis”, que afetasse de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundadas.

Nesse sentido guiou-se o Ac. n.º. 287/90³³⁰, no qual o TCP reconheceu a inconstitucionalidade de alteração no valor das alçadas incidente em ações pendentes à data da sua entrada em vigor e, na oportunidade, estabeleceu dois critérios para afirmar que uma afetação é “*inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa*”, violando, assim, a proteção da confiança: i) a afetação de expectativas será inadmissível quando constitua uma alteração da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas não possam contar; ii) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos reconhecidos como prevaletentes – o que se apurar recorrendo-se ao princípio da proporcionalidade³³¹. Estes dois critérios de aferição, com efeito, demandam a existência de um pressuposto lógico, qual seja, a existência de expectativas consistentes, legitimamente criadas e, posteriormente, afetadas.

Nota-se, portanto, que a definição depende, sobretudo, de uma análise ponderada entre a afetação e a justificativa para fazê-lo e, nesse sentido, o Acórdão n.º. 287/90, revela uma característica da metodologia utilizada para determinar a aplicação do princípio da proteção da confiança, isto é, evidencia que, na conformação jurisprudencial do princípio da proteção, o TCP identificou como parâmetros de controle, a verificação do tipo de afetação – isto é, se inadmissível, excessiva –

medidas que vulneram direitos sociais, “não só não interferem de maneira ilegítima no princípio democrático, como também podem contribuir para reforça-lo, assegurando o cumprimento tanto das leis, como das próprias previsões constitucionais”

³²⁹ Mota Pinto, *A proteção...*, p. 137.

³³⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 287/90, Processo n.º. 309/88, 2ª Secção, Recurso, Data: 30.10.1990, Rel. Cons. Sousa Brito.

³³¹ Mota Pinto, *op. cit.*, p. 138, a propósito do acórdão, observa que os critérios têm relação de complementariedade, isto é, a constatação de onerosidade excessiva depende de verificar se o interesse geral na modificação deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado; não sendo assim, deve-se considerar “*arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas*”.

recorrendo à ponderação³³².

Sufragando este entendimento, o TCP percorre uma fase de maior autocontenção e deferência com as opções políticas realizadas pelo legislador em matéria de direitos sociais, consolidando sua compreensão quanto ao conteúdo jurídico da proteção da confiança³³³.

Ocorre que, com o advento das medidas de austeridade no contexto de crises econômico-fiscais do Estado português, reiteradamente submetidas à análise do TCP, o tema princípio ganha novas configurações. Proveniente deste período, o Acórdão n.º 128/2009³³⁴ não modifica propriamente a forma com que o Tribunal aplica o princípio da proteção da confiança, mas assume relevância pela forma com que se reorganiza e sistematiza os critérios que definem as condições de aplicação da proteção da confiança, na medida em que, no julgamento do caso, o tribunal assentou a tese de que a tutela jurídico-constitucional da confiança exige a revelação de quatro critérios, a serem submetidos a “testes”³³⁵; a saber: i) haver um comportamento por parte do Estado, capaz de gerar nos indivíduos expectativas de continuidade ou manutenção de uma determinação situação jurídica; ii) as expectativas, ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; iii) ter havido planos de vida feito pelos

³³² Ademais, conforme registra Mota Pinto, *A proteção...*, p. 138, o Tribunal consolida o entendimento de que inexistente direito a não frustração de expectativas ou manutenção do regime legal em relações duradouras ou relativamente a fatos complexos já parcialmente realizados, pelo que distanciou a possibilidade de invocação do princípio nas hipóteses de retroatividade inautêntica.

³³³ Nesse sentido, demonstrando a cautela do TCP com a aplicação da proteção da confiança: PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 303/90, Processo n.º 129/89, Plen., Preventivo, Data: 21.11.1990, Rel. Cons. Bravo Serra; _____, Acórdão n.º 307/90, Processo n.º 171/89, 2ª Secção, Recurso, Data: 28.11.1990, Rel. Cons. Bravo Serra; _____, Acórdão n.º 473/92, Processo n.º 298/90, Plen., Sucessivo, Data: 10.12.1992, Rel. Cons. Tavares da Costa; Ademais, revela-se que, na evolução jurisprudencial do princípio, conceitos e características foram incorporados, levando a maior densificação do conteúdo do princípio. Nesse sentido, por exemplo, _____, Acórdão n.º 237/98, Processo n.º 056/95, 2ª Secção, Recurso, Data: 04.03.1998, Rel. Cons. Alves Correia, no qual entendeu-se que uma norma restritiva de direitos só viola a confiança se, revelando um “*caráter excessivamente oneroso*”, afetar de forma “*arbitrária, opressiva ou demasiado*” as exigências de confiança, de certeza e de segurança enquanto dimensões essenciais do Estado de direito; Também, _____, Acórdão n.º 449/02, Processo n.º 144/02, 2ª Secção, Recurso, Data: 29.10.2002, Rel. Cons. Fernanda Palma, no qual se explicita que alterações legislativas que afetem expectativas de modo arbitrário, inesperado ou desproporcional devem ser tidas por inconstitucionais; _____, Acórdão n.º 563/03, Processo n.º 578/98, Plen., Sucessivo, Data: 18.11.2003, Rel. Cons. Helena Brito, o TCP reafirma que, depreendido do princípio do Estado de direito democrático, contido no art. 2.º, da CRP, a proteção da confiança implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas, de modo que alterações intoleráveis, arbitrárias ou demasiado opressivas aqueles mínimos de certeza e segurança, deverá ser declarada inconstitucional. No _____, Acórdão n.º 594/03, Processo n.º 745/00, 1ª Secção, Recurso, Data: 03.12.2003, Rel. Cons. Helena Brito, o TCP registra a tutela de mínimo de previsibilidade face aos atos dos Poderes, a fim de garantir a continuidade das relações que mantém com os particulares.

³³⁴ _____, Acórdão n.º 129/09, Processo n.º 649/08, 3ª Secção, Recurso, Data: 12.03.2009, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha.

³³⁵ Gonçalo de Almeida, *O Constitucionalismo...*, p. 80.

indivíduos, em decorrência da expectativa de continuidade do ‘comportamento’ estadual; iv) por último, não existir razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

O primeiro critério, ou teste, diz respeito ao comportamento do Estado e a influência deste no comportamento dos indivíduos, isto é, cuida de analisar se os indivíduos possuem expectativas influenciadas pelo Estado, a partir de comportamentos que, criando, tolerando ou estimulando uma determinada situação, criou razões objetivas para que se depositasse confiança em determinada posição. O segundo critério analisa a legitimidade das expectativas, ou seja, em verificar se estão baseadas em boas razões.

O terceiro critério aponta para a necessidade de o indivíduo ter realizado planejamentos de vida, os ditos “investimentos de confiança”. Finalmente, como quarto e último critério, o TCP determina a verificação da afetação pela proporcionalidade (e, conseqüentemente, das submáximas da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito). Trata-se, portanto, de identificar as razões de interesse público que justificam a medida restritiva e submetê-las ao cotejo com a afetação de confiança que seja digna de proteção.

Com esta organização dos critérios estabelecida pela jurisprudência do TCP³³⁶,

³³⁶ A título comparativo, no âmbito da jurisprudência da corte constitucional brasileira, diversamente do caso português, a proteção da confiança não é desenvolvida, sendo incipiente o recurso e desenvolvimento da proteção da confiança como parâmetro autônomo de controle de medidas legislativas restritivas de direitos, nomeadamente direitos sociais. Isto porque, conquanto se tenha assenta a noção de que a proteção da confiança decorre do estado democrático de direito, tanto quanto a segurança jurídica e a boa-fé objetiva, revelando conteúdo ético, social e jurídico que se projeta nas relações jurídicas, inclusive de direito público (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança (MS) n.º 26.603/DF, DJ 19.12.2008, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno), o desenvolvimento do conteúdo e das funções extraíveis do princípio ainda é insuficiente (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (REExt) n.º 633.703/Minas Gerais (MG), DJ 18.11.2011, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno), particularmente o voto do Ministro Luiz Fux, em que registra a ausência de “uma posição de destaque” da proteção da confiança no ordenamento brasileiro, conquanto repute que, “com critérios mais firmes, nítidos e objetivos” o princípio pode vir a servir para preservar “futuras expectativas legítimas de particulares oriundas de comportamentos estatais”). Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência brasileira a invocação da proteção da confiança geralmente está associada às discussões de direito privado ou, no âmbito público – condensada com a teoria de irretroatividade das normas ou do fato consumado, p. ex. – circunscrita à esfera do direito administrativo (____, Recurso Extraordinário (REExt) n.º 608.482/Rio Grande do Norte (RN), DJ 30.10.2014, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno; ____ , Embargo de Declaração em Mandado de Segurança (EmDcl em MS) n.º 28.469/DF, DJ 22.09.2015, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma; ____ , Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade (QO em ADI) n.º 4.425/DF, DJ 04.08.2015, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno) e relações tributárias e fiscais da Administração com contribuintes ou servindo apenas de justificativa para efetivação de modulação de efeitos de decisões judiciais (____, Embargo de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade (EmbDcl em ADI) n.º 3.106/Minas Gerais (MG), DJ 13.08.2015, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). O STF, portanto, ainda não

a ponderação avulta em importância, na medida em que mesmo que sejam superadas todas as demais etapas – isto é, restada comprovada que o Estado alterou seu comportamento de forma inadequada, frustrando não só expectativas, mas planos de vida, que ele próprio contribui para que fossem criadas – ainda assim, no exame da proporcionalidade, a afetação do Estado pode ser admitida se, as razões de interesse público, assim estiver justificado³³⁷. Isto é, ao fim e ao cabo, coloca a resolução dependente da técnica de decisão e da argumentação constitucionalmente fundamentada.

4.2.1.2. Garantia do conteúdo essencial e a reabertura de omissões inconstitucionais

A referência ao conteúdo essencial e o desenvolvimento de que sua garantia constitui parâmetro de controle de restrições de direitos fundamentais exige compreender a extensão e o alcance possíveis de se depreender. Assim é que, inserida no âmbito das Constituições de diversos países, como antes registrado, e também da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³³⁸, a ideia de conteúdo essencial remonta a expectativa de reforçar a proteção de direitos fundamentais – particularmente influenciada por decorrência das tragédias experimentadas no período da segunda grande guerra³³⁹ – revelando o caráter de vinculação ao

identificou a proteção da confiança como princípio do qual se pode retirar fundamentos para exercer o controle de constitucionalidade de leis, sobretudo quanto restritivas de direitos sociais.

³³⁷ Dado o elevadíssimo grau de importância do quarto critério, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito...*, p. 487-488, sugere que apenas deveria servir como “parâmetro de um juízo de inconstitucionalidade quando o desequilíbrio entre princípios em tensão seja evidente”. Argumento do critério de evidência é, outrossim, reforçado pelo grau de indeterminação do princípio utilizado como parâmetro de controle, como, sustenta, é o caso da tutela da confiança, de modo que, quanto maior o grau de indeterminação do princípio, maior será a obrigação do TCP de fundamentar com critérios jurídicos e fáticos de evidência a decisão de inconstitucionalidade.

³³⁸ Art. 52, n.º 1. “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. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros”. (UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000, acessível: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

³³⁹ Para contextualização mais detida do tema, cfr. Reis Novais, *As restrições...*, pp. 779 e ss. Convém ressaltar, nada obstante, que o autor descortina que a garantia do conteúdo essencial demonstra precisamente a remissão implícita do preenchimento substancial dos direitos fundamentais para a lei ordinária, servindo como balizador e limite do legislador; concebeu-se, a partir desta noção, perspectivas relacionadas à vinculação do legislador, ao acesso direito, em sede constitucional, aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata etc.

legislador e de limite à atividade que conduza à afetação dos direitos fundamentais³⁴⁰.

O desenvolvimento dogmático e jurisprudencial do conteúdo essencial, nada obstante a sua referência em diversos textos constitucionais, coloca a exigência de análise crítica quanto à sua proposta originária, quanto à função juridicamente possível, quanto ao sentido que deve ser-lhe atribuído e quanto às possibilidades de utilização como parâmetro de controle de restrições, particularmente no campo dos direitos sociais.

Com efeito, verifica-se, de uma banda, aqueles que esvaziam o sentido jurídico da ideia de conteúdo essencial, ao menos enquanto parâmetro eficaz para fornecer respostas concretas aos casos de restrição, e, de outra banda, os que recorrem à utilização de conteúdo essencial como espécie de “carta coringa” da constituição, no sentido que articulam a garantia para comportar a construção de distintas configurações, tantas quantas necessárias à conduzir a implementação de multifacetadas soluções a casos concretos envolvendo direitos prestacionais, não raramente suportadas por uma avaliação excessivamente apegada ao discurso ético-moral individual.

Não se compreende quaisquer destas posições como adequadas; nomeadamente quanto às posições que atribuem ao conteúdo essencial uma função eminentemente retórica, discursiva³⁴¹, entende-se que a existência de uma tradição constitucional de positivação deste parâmetro não pode ser desconsiderada, ao revés, deve ser desenvolvida, submetendo-se ao rigor científico e metodológico, a fim de adequar sua utilização às exigências do Estado constitucional, ainda que não autonomamente.

Isto posto, relevante referir que a abordagem concernente à abrangência da compreensão de conteúdo essencial remonta tanto para ideias que lhe atribuem o caráter relativo, sustentando que a apuração do conteúdo se obtém no caso concreto, tanto para a perspectiva absoluta, que supõe a existência de um núcleo pré-determinado de conteúdo de cada direito³⁴² – algo como uma espécie de mínimo de

³⁴⁰ Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido...*, p. 20.

³⁴¹ Reis Novais, *As restrições...*, *passim*, pp. 786; 791; 796-797.

³⁴² Nesse sentido, Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 282-283, esclarecendo que é subjacente à perspectiva absoluta tanto o atrelamento à dignidade da pessoa humana, enquanto vetor de enraizamento de mínimo de conteúdo aos direitos fundamentais, quanto a ideia de medida de valor social que deva manter-se mesmo após a restrição e à perspectiva relativa a ideia de harmonização dos bens jurídicos segundo critérios de concordância prática e aplicação proporcional das restrições. Com efeito, a fim de dimensionar o contexto porque perpassa a discussão em torno da ideia de conteúdo essencial, além da abordagem absoluta (por meio

conteúdo inerentemente atribuível a cada direito, de forma abstrata.

Assentando a abordagem absoluta do conteúdo essencial, pretende-se prestigiar de forma inequívoca os reflexos que a dignidade humana espraia para o sistema constitucional, arquitetando os direitos fundamentais sob seus influxos materiais e impedindo que uma determinada parcela do conteúdo dos direitos, dito essencial, possa ser objeto de intervenção restritiva, ainda que a pretexto de salvaguarda de outros direitos. Compreende-se, na fala de Vieira de Andrade, que “a ideia do homem digno e livre, que está na base dos direitos e que constitui, muito especialmente, a essência dos direitos fundamentais, liberdades e garantias, tem que ser vista como limite absoluto”³⁴³ ao poder de restrição.

Sob outro aspecto, deve-se registrar a vertente relativa, que se orienta tanto pela noção de conteúdo essencial de direitos fundamentais vinculados à ideia dos princípios enquanto mandatos de otimização – e que, portanto, o conteúdo essencial representa, na análise do caso concreto, a maior medida de realização do direito que for possível ser atingido, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas – quanto pela valoração do excesso ou desproporcionalidade de intervenção diante da necessidade específica e concreta de atendimento de determinado bens constitucional.

Tendo em vista o dualismo da abordagem absoluta x relativa, é relevante notar, por um lado, que trazer a discussão do conteúdo essencial à ideia de conteúdo mínimo de direito pressupõe, consoante ressaltado por Bernal Pulido, admitir a premissa de que direitos podem ser observados e apreendidos isoladamente, “com auxílio de um

da qual haverá uma compreensão de um conteúdo mínimo e irrestringível, abstratamente estipulado) e uma abordagem relativa (que compreende que a ideia de conteúdo essencial estará, também ela, sujeita à ponderação), vale ressaltar que se discute, outrossim, a perspectiva do conteúdo essencial numa dimensão objetiva (da qual se extrai normas objetivas) ou numa dimensão subjetiva (da qual se extrai posições jurídicas subjetivas). Quanto às distintas abordagens, cfr. Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, pp. 130-131. Nomeadamente quanto à perspectiva subjetiva e absoluta, cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 518, que assenta a possibilidade de se deduzir de toda a ordem económico-social portuguesa um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core), originariamente derivados da constituição, representando um standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito. Também na abordagem absoluta, Jorge Miranda, *Manual de Direito...*, T. IV, pp. 343; 350, destacando a compreensão de que se trata de “faculdade ou o feixe de faculdades destinadas à obtenção e à fruição do bem jurídico que lhe subjaz”. Em contrário, aderindo à abordagem relativa, Virgílio Afonso, *Direitos fundamentais...*, p. 205, quando ressalta que direitos sociais, devem ser realizados na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, afirma que as ideias de mínimo existencial ou conteúdo essencial devem ser compreendidas também neste contexto, isto é, “aquilo que é possível realizar diante das possibilidades fáticas e jurídicas”. Reis Novais, *As restrições...*, pp. 784-795, ressalta que a verificação de ser subjetiva ou objetiva está atrelada à necessidade de decidir se o conteúdo essencial refere-se à proteção de posições subjetivas de eventuais titulares afetados ou preservação objetiva do direito e do seu sentido útil na ordem jurídica.

³⁴³ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 284-285.

microscópio”, a partir do que se pode reconhecer qual seja o mínimo necessário para uma “tutela imprescindível” para satisfação³⁴⁴.

Tal perspectiva demanda mitigar a noção de que direitos fundamentais se encontram integrados no sistema constitucional e a definição do conteúdo – seja ele mínimo ou máximo – não se pode realizar mediante observação isolada, senão pela relação de uns com outros e demais bens integrantes do sistema, tendo em perspectiva que os poderes públicos devem estar comprometidos à proteção, à efetivação e à realização da Constituição e da liberdade como um todo³⁴⁵.

De outro modo, reconduzir o conteúdo essencial ao parâmetro de realização otimizada ou valoração concreta, sem prever ressalvas que impeçam a anulação plena de efeitos de normas jurídicas, em contextos específicos, não corrobora a importância e as consequências da normatividade que se deve atribuir aos direitos fundamentais sociais, e apenas reconduz a garantia do conteúdo essencial à verificação da proporcionalidade, sem maiores distinções práticas³⁴⁶.

Nesse sentido, parece-nos que a ideia de conteúdo essencial através da abordagem absoluta, que aponta para um mínimo de conteúdo inerente a cada direito, não fornece a necessária objetividade para ser articulada como padrão de controle. A bem da verdade, propugnada como está, a pretexto de impedir a desproteção total de direitos fundamentais – que a abordagem absoluta sustenta ser possível – acaba por

³⁴⁴ Bernal Pulido, *Fundamento...*, p. 163. Para caracterização da perspectiva, vale a referência à caracterização dada por Reis Novais, *op. cit.*, p. 782, segundo o qual a compreensão absoluta do conteúdo essencial decorre de uma “perspectiva ontológico-substancialista”, pela qual a garantia é vista como uma “grandeza estática e intemporal”, uma zona nuclear intocável, independentemente do interesse que justifique a restrição.

³⁴⁵ O raciocínio desenvolvido, que utiliza os termos “Constituição como um todo” e a “liberdade como um todo”, é retirado de Melo Alexandrino, *A estruturação...*, p. 290. O termo “constituição como um todo” (“constitution as a whole”), contudo, é trazido de Smend, *Constitution...*, p. 244. Utilizando a expressão “Constituição em seu conjunto”, mas com raciocínio semelhante, explicitando que mínimos e máximos dos direitos sociais não se verificam a partir de uma observação isolada de cada um, mas a partir de cotejo com outros bens e direitos do sistema, Bernal Pulido, *Fundamento...*, p. 167, nos seguintes termos: “[Em] mesmo que se pudesse saber com certeza científica quais são as posições jurídicas que constituem o mínimo dos direitos sociais, pode ocorrer que em certos casos existam algumas razões que impeçam ou desaconselhem cumprir esse mínimo. A teoria das posições jurídicas definitivas afirma retoricamente que cada direito social tem um núcleo que em todo caso deve ser realizado. Esta afirmação, não obstante, olvida o fato que o legislador não está vinculado a cada direito, considerado de maneira isolada, mas à Constituição em seu conjunto, e que, por conseguinte, pode haver direitos, bens e fins incompatíveis, razões constitucionais que impeçam que o mínimo de um direito social seja garantido em uma situação precisa”.

³⁴⁶ Nesse sentido, realça Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido...*, p. 21, que a referência ao conteúdo essencial na teoria relativa exige apenas que se faça a verificação de constitucionalidade da intervenção estatal restritiva, apurando a respectiva justificação constitucional para tanto; desconhece, portanto, a existência de limites preestabelecidos e fixos, enquanto elemento autônomo e estável, que se possa aferir.

servir ao excesso de subjetivismo e transfere considerável parcela da competência do legislador para a conformação e ordenação de direitos ao poder judicial, a quem passa a competir, em essência, definir, circunstancialmente, o que se pode depreender da garantia do conteúdo essencial, em termos de conteúdo e função.

Por isto, pensamos que a noção de garantia de conteúdo essencial por uma vertente subjetiva absoluta não dispõe de compatibilidade com a compreensão que se estabelece para o sistema de direitos fundamentais, sendo, portanto, necessário relativizar tal perspectiva para compatibilização e harmonia constitucional³⁴⁷.

De outro giro, a dimensão objetiva, ainda que não se presuma possível articulá-la numa perspectiva absoluta, carece de uma delimitação mais precisa para que se torne operativa e desafetada de voluntarismos na oportunidade em que a ela se recorre, seja para articulação do controle da afetação de direitos fundamentais sociais, seja, também, para identificação de deveres correlatos se podem depreender da garantia³⁴⁸.

Neste intento, vislumbramos na proibição de reabrir omissões inconstitucionais o sentido prático que possa buscar esteio e fundamento na garantia do conteúdo essencial, de modo que, implementado o direito fundamental – seja ele decorrente de do cumprimento de ordem constitucional de legislar, sancionável pela inconstitucionalidade por omissão, ou não – não se deve admitir a eliminação pura e simples do conteúdo concretizado, residindo, pois, na proibição de reabertura da inconstitucionalidade o caráter operativo da garantia ao conteúdo essencial³⁴⁹.

A propósito, a proibição de recriar omissões encontra-se já há algum tempo

³⁴⁷ Nesse sentido, também, Reis Novais, *As restrições...*, p. 791.

³⁴⁸ Reis Novais, *op. cit.*, pp. 785-786, enfatiza, em particular, a falta de limite de determinação objetiva do sentido útil da garantia absoluta do conteúdo essencial na ordem jurídica; afirma que as distintas abordagens (absoluta x relativa; subjetiva x objetiva) projetam-se no sentido de conferir alguma utilidade para a aplicação do conteúdo essencial e acaba por concluir pela inexistência de papel autônomo ou efeitos jurídicos efetivos extraíveis da garantia. Arrolando distintas abordagens que pretendem conferir o sentido da garantia de conteúdo essencial – sem que quaisquer delas ultrapassem o nível de abstração de modo a permitir a aplicação concreta –, *cf. Ibidem*, p. 788-789.

³⁴⁹ Ademais, pretende com esta abordagem conferir um sentido prático e objetivamente aferível à inquestionável indeterminação do que significa “conteúdo essencial” do direito, isto é, o conteúdo essencial a ser protegida por um princípio de proibição de recriar omissões legislativas se identifica pela existência de manutenção de algum grau de conformação do direito. Ou, noutras palavras, “[Na] não é outra coisa senão o nível mínimo constitucionalmente admissível de cumprimento do dever de actuação em causa, para que não renasça uma inconstitucionalidade por omissão”. Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar...*, p. 284

mencionada pelo TCP³⁵⁰, e, embora associada à argumentação da proibição de retrocesso, verifica-se que o que se está a tratar é mesmo de uma proibição de repor ou recriar situações de omissão legislativa inconstitucional, cuja fundamentação seja mesmo a satisfação dos deveres de atuação a que o legislador está vinculado³⁵¹.

O que se alude é que nos casos em que exista uma prescrição específica decorrente da Constituição, isto é, uma ordem concreta ou, por assim dizer, um comando objetivo para perseguir o desiderato de realizar ou desenvolver determinado direito, uma vez cumprido o comando constitucional, não pode o legislador atuar para reabrir um vácuo normativo que, caso já não estivesse preenchido, reclamaria a sanção pela inconstitucionalidade por omissão³⁵².

Assim, pela tradicional vertente, contendo a identificação precisa quanto ao dever constitucional de legislar, o incumprimento desta imposição não acarreta medida prática muito além da repreensão pela inconstitucionalidade por omissão e, uma vez que o comando constitucional seja atendido, não se permite reestabelecer uma situação de inconstitucionalidade pela eliminação das medidas articuladas para sua concretização, sem o estabelecimento de medidas alternativas³⁵³.

³⁵⁰ PORTUGAL, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º 509/02, Processo n.º 768/02, Plen., Preventivo, Data: 19.12.2002, Rel. Cons. Luís Nunes de Almeida. Nessa esteira, ____, Acórdão n.º 590/04, Processo n.º 944/03, Plen., Sucessivo, Data: 06.10.2004, Rel. Cons. Artur Maurício; ____, Acórdão n.º 336/07, Processo n.º 962/06, 3ª Secção, Recurso, Data: 30.05.2007, Rel. Cons. Vítor Gomes; ____, Acórdão n.º 188/09, Processo n.º 505/08, Plen., Sucessivo, Data: 22.04.2009, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha; ____, Acórdão n.º 561/09, Processo n.º 273/09, 1ª Secção, Recurso, Data: 28.10.2009, Rel. Cons. Maria João Antunes; ____, Acórdão n.º 269/10, Processo n.º 985/09, 3ª Secção, Recurso, Data: 29.06.2010, Rel. Cons. Vítor Gomes; ____, Acórdão n.º 862/13, Processo n.º 1260/13, Plen., Preventivo, Data: 19.12.2013, Rel. Cons. Lino Rodrigues Ribeiro; ____, Acórdão n.º 575/14, Processo n.º 819/14, Plen., Preventivo, Data: 14.08.2014, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha.

³⁵¹ Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar...*, p. 283.

³⁵² Cfr. *Ibidem*, pp. 282 e ss. Esta conclusão, de alguma forma, se aproxima às pré-compreensões de PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto costituzionale**. 2.º Ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, pp. 280-281, quando ao tratar da limitação constitucional ao poder do Estado, no âmbito dos direitos de liberdade, vaticina que não se pode constringer o legislador ordinário a seguir uma determinada via, mas também não pode agir contra o comando constitucional, isto é, não pode voltar atrás. Sabe, com efeito, que a doutrina da proibição do retrocesso tem por fundamentação esta noção; ocorre que, neste ponto, divergimos da forma como esta se implementa, por compreender que o que não se pode retroceder é a ação concretizadora em si, e não o modo pela qual será implementada, de modo que nos parece mais adequada a perspectiva desenvolvida por Böckenförde, *Estudios sobre derechos fundamentales...*, pp. 80 e ss, nomeadamente quanto à proibição da inatividade e da desatenção, evidente e grosseira do fim ou do programa constitucional, bem como a proibição de supressão definitiva das medidas legislativas, uma vez que tenham sido adotadas, ou “uma redução que ultrapasse os limites da desatenção grosseira”.

³⁵³ Ressalvada a articulação da tese do mínimo existencial, particularmente conexcionada com a tutela da dignidade da pessoa humana, que sustenta a possibilidade de se deduzir prestações existenciais mediante invocação direta de direitos constitucionais, quando compreendidos como necessários para a garantia da existência condigna. Nesse sentido, Cfr., ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O 'direito ao mínimo de existência condigna' como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional*: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, n.º 1, jan./mar., 2004, pp. 04-29.

Evidentemente, que se poderia sustentar que a proibição de reabrir omissões inconstitucionais pressupõe que a omissão originária seja passível de controle de constitucionalidade, ou seja, que decorra de “deveres ou obrigações imperativamente determinadas pela Constituição”³⁵⁴ e, logo, a garantia do conteúdo essencial corresponde à vinculação negativa à ação do legislador apenas se existente ordem expressa de legislar.

Não é, todavia, com esta perspectiva que se projeta a referida proibição. Desde logo porque, em face das premissas fixadas, particularmente quanto à normatividade dos direitos fundamentais – sem qualquer exclusão de direitos sociais, contidos na estrutura que for – não se deve aceitar a perspectiva que a implementação de medidas seja suprimida ao grau zero, normativo ou material.

A tutela que se preconiza, diante do enraizamento material, dos compromissos políticos firmados pelas cartas fundamentais de Estados constitucionais no sentido de promoção e proteção aos direitos fundamentais, da liberdade e da igualdade como um todo e a afirmação de normatividade jusfundamental, particularmente dos direitos sociais, não autoriza legitimar a ação legislativa orientada para a absoluta eliminação de meios articulados para delimitação do âmbito de proteção efetivo das normas e a concretização do conteúdo jurídico de direitos fundamentais, sendo certo que, se o desenvolvimento positivo de sentido normativo dos direitos fundamentais não decorre propriamente de um carácter autónomo da garantia do conteúdo essencial, é a partir dela que se deve articular meios que visem impedir a desproteção absoluta de conteúdo já revelados.

³⁵⁴ Cfr. MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**: O direito do contencioso constitucional. T. II, 2ª. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011, pp. 497 e ss.

CONCLUSÃO

É certo que há uma tendência a estabelecer, no plano dogmático, diferenças de proteção consoante a tipologias de direitos fundamentais, conforme se trate de direitos civis e políticos ou direitos sociais, *v.g.*. Isto, em grande medida, decorre do fato de, por um lado, serem atribuídos aos direitos sociais maior vagueza e indeterminação quanto ao conteúdo e, também, aos destinatários – apresentando uma dimensão coletiva dos beneficiários – e, por outro, terem conteúdo primacialmente positivo, demandando prestações materiais, não identificáveis já à partida no texto constitucional³⁵⁵.

Colocado nestes termos, interessou-nos, sobretudo, compreender, com base na abordagem estrutural, o modo como se organizam as normas de direitos fundamentais e verificar de que maneiras de se pode atribuir a correspondência a deveres, nomeadamente para a atuação positiva dos poderes públicos – ainda, avançando neste ponto, de que tipo de deveres se pode falar, isto é, se corresponde a um dever de legislar, para densificar o conteúdo das normas ou, por outro lado, se corresponde a um dever de prestação em sentido estrito desde logo acionável judicialmente para fins de cumprimento destes deveres³⁵⁶.

Convém, assim, observar que a justiciabilidade deve ser colocada em sentido consentâneo com os limites interpretativos das disposições e suas estruturas

³⁵⁵ PISARELLO, Gerardo, La crítica de la percepción teórica: La tesis de los derechos fundamentales sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos. In: _____. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción, Madrid: Trotta, 2007, p. 59, observa essa tendência, contudo a refuta, ao argumento de que decorre de prejuízos ideológicos e objeções que poderiam apresentar-se para todos os tipos de direitos fundamentais.

³⁵⁶ Estabelecendo a perspectiva primacialmente estabelecida de que a garantia do conteúdo essencial funciona como barreira à ação do legislador, exercendo função eminentemente defensiva – muito embora sustente a ideia de que deve desempenhar também uma função positiva, de modo a conduzir ao desenvolvimentos dos direitos fundamentais. Representaria, assim, um mandato aos poderes públicos, de natureza positiva, Martínez-Pujalte, *La garantía del contenido...*, pp. 38; 83 e ss. O contexto traz à colação a noção de exigibilidade autônoma de direitos e a sua relação com o nível de determinabilidade constitucional do conteúdo do direito, hipótese em que se pode sustentar que o próprio exercício da “cidadania ativa” é colocado em causa. Nestes termos: QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. 1.º ed. 3.º tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 198, utiliza a conhecida expressão cunhada por Peter Häberle, para significar a forma de garantir aos cidadãos a possibilidade de interferir no desenvolvimento constitucional de modo a conferir aos direitos fundamentais sociais vinculatidade normativa geral. Giancarlo Rolla, *La tutela directa...*, p. 305, ressalta que instrumentos de garantia evitam que o reconhecimento de direitos se reduzam a mera “declaração romântica”, privada de efetividade.

normativas, o caráter de serem normas que são princípios ou que são regras, os problemas normativos decorrentes e as possibilidades decorrentes desta conjuntura³⁵⁷.

Com efeito, a justiciabilidade se expressa a partir das diversas formas de intervenção jurisdicional que tenham por escopo obstar que a vulneração de um direito não acarrete nenhum tipo de coação para o órgão estatal omissor no cumprimento de seu dever³⁵⁸.

Por todo o caminho que se percorreu, identificando-se, sobretudo, os limites e os objetivos traçados introdutoriamente, pode-se retirar algumas conclusões que, com efeito, foram-se revelando gradualmente à medida em que se desenvolvia a presente investigação.

Deste logo, deve-se afirmar o sentido orientado para compreender e interpretar normas de direitos fundamentais em Estado constitucional, vocacionando as normas à produção de efeitos jurídicos, extraíndo-se delas sentido e conteúdo, consubstanciados no *ethos* constitucional. Evidentemente, que tal tarefa não é imune à limites, nem admite, por exclusivo apelo metajurídico, a resolução plena dos problemas da configuração das normas fundamentais de direitos sociais.

Nesta medida, observar a morfologia das normas fundamentais permite alinhar a compreensão quanto ao que caracteriza tal qual espécie, não segundo parâmetros funcionais corriqueiramente atribuídos pelo desenvolvimento dogmático, mas segundo padrões estabelecidos pela morfologia das estruturas normativas que consagram direitos fundamentais. Tal circunstância indica que problemas de implementação dos direitos sociais não decorrem – ou não apenas – das bases compreensivas em que se situam, particularmente no que tange à interpretação dos enunciados, mas de circunstâncias normativas, para cujo o desenvolvimento exige apreender certas configurações inerentes à proporcionalidade.

³⁵⁷ Retome-se aqui a ideia de que normas que, uma vez restringidas em seu suporte fático, formam o âmbito de proteção normativo, ou, de outro modo, o direito definitivo, mas cujo âmbito de garantia efetivo será revelado através da ponderação, isto é, ainda quando estruturalmente aberta, há de se reconhecer que haverá um conteúdo amplo a ser tornado definitivo pela intervenção legislativa de modo que o âmbito de proteção *prima facie* do direito admitirá uma abrangência ampla a ser reduzida e conformada de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, que, em maior ou menor medida, direcionam o modo como se sucederá as restrições até resultar o âmbito de proteção efetivo ou conteúdo garantido da norma. Assim: Alexy, *Teoria dos direitos...*, p. 446.

³⁵⁸ Pisarello, *La crítica de la percepción dogmática...*, pp. 88-89.

Não se presume que a proporcionalidade apresenta-se como configuração apta a estabelecer soluções normativas como mero recurso estilístico; concebe-se, ao contrário, como procedimento metódico complexo, com influxos diversos, de padrões interpretativos, mecanismos desenvolvimentos pela ciência jurídica para estabilização, referência ao diálogo institucional, a hermenêutica e, sobretudo, às regras da argumentação jurídica e aos limites de possibilidade do desenvolvimento de sentidos orientados à obtenção de normas de decisões, para cuja formação deve pouco importar as particulares convicções de intérprete, que pauta-se como mediador destas distintas dimensões, visando efetivar o desenvolvimento da norma dogmaticamente consistente, legitimada pela diálogo intersubjetivo, cientificamente universalizável e adequada à ordenação constitucional, quanto ao conteúdo.

Projeta-se, ainda, que a proporcionalidade corrobora não só a proteção contra intervenções restritivas, mas também controla o grau de realização dos direitos fundamentais, qualificando-se como instrumento a ser articulado, nomeadamente em processos objetivos, de controle de constitucionalidade por omissão – mas também em processos coletivos – para configurar normas de decisão com aptidão de universalização, possibilitando aos destinatários do direito identificarem os pressupostos segundo os quais determinados efeitos jurídicos podem ser depreendidos.

Analisa-se, para efeitos comparativos, o quadro em que situa-se a jurisprudência constitucional brasileira, para certificar o distanciamento da Corte na tarefa de implementação racional e controlável da proporcionalidade, pouco tendo contribuído com o seu melhor desenvolvimento.

Estabelecido estes parâmetros para obtenção de sentidos, investe-se, outrossim, em discutir como se pode articular a respectiva proteção e quais são as possibilidades de garantir estabilidades aos conteúdos formados. Observa-se a sistemática das restrições sob o prisma particular de duas vertentes.

Conclui-se que a legitimação institucional de conteúdos deve lhes conferir mais alto índice de proteção, afastando-se a possibilidade de que a liberdade de atuação do legislador possa irromper posições subjetivas ou expectativas criadas, reconhecendo a apetência da proteção à confiança para estabelecer o controle do comportamento estatal, em distintas dimensões, incluídas, por evidente, a dimensão legiferante.

Por outro lado, também não se deve atentar contra as medidas de concretização já estabelecidas, afastando, particularmente quanto à garantia do conteúdo essencial, a perspectiva de autonomização do seu sentido, mas afirmando que os influxos que a subjazem autorizam sustentar a possibilidade de reforçar proteção das leis implementadas em atendimento à obrigação, materialmente estabelecidas para os Estados constitucionais, de proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Ao final, reconhecemos que o desenvolvimento dos direitos sociais se dá em bases oscilantes, posto que os próprios elementos materiais que os suportam sujeitam-se à inconstâncias de variações político-ideológicas, seja para abrandar seja para reforçar sua vinculatividade. Travando o debate no plano exclusivamente jurídico, não vislumbramos a possibilidade de sonegar à normatividade dos direitos e os atributos inerentes à esta condição, tornando-se exigência dogmática compreender e estabelecer parâmetros adequados e conformes à Constituição para manifestar o desenvolvimento dos sentidos e conteúdos e articular a proteção compatíveis, contextualizada no âmbito das possibilidades normativas e excluindo a possibilidade de articulação premissas individualistas e não sujeitas à controlabilidade.

ÍNDICE DE FONTES

1. BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo. **A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa: A Construção Dogmática**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Estoril: Principia Editora, 2007.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidade. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. núm. 11, enero-junio, 2009, pp. 3-14. Acessível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. 2°. ed, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**. vol. 12, nº 3, 2014, pp. 511-524. Acessível em: <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784/Formal-principles-Some-replies-to-critics>

ALEXY, Robert. Não positivismo inclusivo. In: _____; SILVA, Rogério Luiz Nery da; XAVIER BAEZ, Narciso Leandro (orgs) In: **Dignidade da pessoa humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo: em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy**. Florianópolis: Qualis, 2015, pp. 303-317.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**. Vol. 16, nº. 4 December, 2003, pp. 433-449.

ALEXY, Robert, On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, vol. 13, nº 3, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3°. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2°. ed., 3°. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Da hermenêutica filosófica à correção procedimental das decisões. **Revista CEJ**, Ano XV, n. 52, jan./mar. Brasília, 2011, pp. 52-60.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Contra o pós-positivismo: breve ensaio sobre o conteúdo e a importância teórica do positivismo jurídico. **Revista do Instituto de Direito brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa**. Ano 1, nº 11, 2012, pp. 6455-6506. Acessível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/11/2012_11_6455_6506.pdf

AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**: uma introdução ao estudo do direito constitucional. 1º. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O 'direito ao mínimo de existência condigna' como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional*: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº. 509/02. **Jurisprudência Constitucional**, nº. 1, jan./mar., 2004, pp. 4-29.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976**. 5º. ed., Coimbra: Almedina, 2012

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar editora, 2014

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Lisboa: Escolar editora, 2014

ATIENZA, Manuel. Tesis sobre Ferrajoli. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 31, Diciembre, 2008, pp. 213-216.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios e reglas. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 10, 1991, pp. 101-120.

ÁTRIA, Fernando. Existem direitos sociais?. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. nº 56, 2005, pp. pp. 9-46. Acessível em: <http://www.amprs.org.br/revista/54>.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano 1, vol. 1, nº. 4, 2001, pp. 1-36. Acessível em: <http://www.direitopublico.com.br>

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15°. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre Derechos Fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31° ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BOROWSKI, Martin. Derechos de defensa como principios de derecho fundamental. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 93-118.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. Trad. Rodolfo Arango. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Año 20, n°. 59, Maio-Agosto, 2000, pp. 29-56.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, 3°. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANAS, Vitalino, Relação jurídica-pública, in: **Separata do vol. VII do Dicionário Jurídico da Administração Pública**, Lisboa, 1996, pp. 207-232.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2°. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7° ed., 16 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”. In:

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra editora, 2004, pp. 97-114.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra editora, 2004, pp. 35-68.

CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidade. In: SIECKMANN, Jan-R.(ed.). **La teoria principalista de los derechos fundamentales:** estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 169-206.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. In: CARBONELL, Miguel (coord.). **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales.** Mexico: Comisión Nacional de los derechos humanos, 2008, pp. 115-160.

COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n°. 21-II, 1998, pp. 89-104.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5°. Ed., rev., atual., e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa:** A teoria da norma e a criação da norma de decisão na discricionariedade instrutória. 2004, 996 f., Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas). Universidade de Lisboa, Lisboa.

DUARTE, David. An experimental essay on the antecedent and its formulation. **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda.** Edição da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra Editora. Vol. VI, 2012, pp. 119-138.

DUARTE, David. Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** Coimbra Editora. Vol. XLIII, n°. 1, 2002, pp. 257-281.

DUARTE, David. Rebutting defeasibility as operative normative defeasibility. In: ALVES, João Lopes *et al.* (Org). **Liber Amicorum de José de Souza e Brito em**

comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia. Lisboa: Almedina, 2009, pp. 161-174.

DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EGÍDIO, Mariana Melo. Análise da estrutura das normas atributivas de direitos fundamentais: a ponderação e a tese ampla da previsão. **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. I., Coimbra Editora, 2010, pp. 611-636.

FAVOREAU, Louis. **Legalidad y constitucionalid:** la constitucionalización del derecho. Trad. Magdalena Correa Henao. Universidade Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Trad. André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.), **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 13-56.

FERREIRA FILHO, Manual Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORSTHOFF, Ernst. **El estado de la sociedad industrial:** El modelo de la República Federal de Alemania. Trad. Luis López Guerra e Jaime Nicolis Muniz. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FREITAS, Tiago Fidalgo de. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social. **Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento**. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra editora, 2006, pp. 783-850.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Filosofía hermenéutica y derecho**, pp. 1-24. Acessível em: <http://www.uco.es/dptos/ciencias-juridicas/filosofia-derecho/diego/Nuevo/FILOSOFIA/materiales/hermeneuticaART.pdf>.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. 1º. ed. Cidade do México: Fontamara, 2001.

GUASTINI, Riccardo. Normas supremas, trad. Jordi Ferrer. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 17-18, 1995, pp.257-270.

GUASTINI, Riccardo. Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un dicionário. Trad. Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº. 27, 2004, pp. 247-282.

GUASTINI, Riccardo. Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica. Trad. Miguel Carbonell. **Isonomía**, nº. 22, Abril, 2005, pp. 223-228.

GUASTINI, Riccardo. Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. nº. 31, 2008, pp. 143-156.

HÄBERLE, Peter. **Teoria de la constitución como ciência de la cultura**. trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 6° ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da Liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla; José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, 1917, pp. 710-770. Acessível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4378.

ISENSEE, Josef. El pueblo fundamento de la Constitución (Das volk als grund der Verfassung). **Anuario de Derechos Humanos**, Nueva Época, vol. 6, 2005, pp. 335-453.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8°. Ed. 5°. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KRELL, Andreas Joachim, Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. **Revista de informação legislativa**, ano 36, nº. 144, out./dez., 1999, pp. 239-260.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 7°. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. ALEXY, Robert; SILVA, Rogério Luiz Nery da; XAVIER BAEZ, Narciso Leandro (orgs). In: **Dignidade da pessoa humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**: em comemoração ao 70° aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015, pp. 319-369

LEIBHOLZ Gerhardt. **Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la constitucion**. Instituto de Estudios Politicos, 1964.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. trad. Alfredo Gallego Anabitarte, 2°. ed. reimpr. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. 2°. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Direitos Fundamentais. Tomo IV. 5°. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social. Tomo II, Vol. 2. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. De novo a querela da 'unidade dogmática' entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de 'exceção financeira'. **Epública**: Revista eletrônica de direito público, n°. 3, 2014, acessível em: <http://e-publica.pt/>

MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**: O direito do contencioso constitucional. T. II, 2°. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodivm, 2016.

MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n°. 27, 2004, pp. 45-62.

MÜLLER, Friedrich. Metodologia do Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann. 4.º ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. trad. Luis Villacorta Mancebo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 9. n.º. 27. Set-Dez, 1989, pp. 111-126.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico: da interpretação jurídica - I**. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto costituzionale**. 2.º. Ed. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1950.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1995.

PINTO, Paulo Mota. A proteção da confiança na jurisprudência da crise. In: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (org.). **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 133-185

PISARELLO Gerardo. La crítica de la percepción dogmática: la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación con los derechos

civiles y políticos. In: _____. **Los derechos sociales y sus garantías**: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2006, pp. 79-110.

PISARELLO, Gerardo. La crítica de la percepción teórica: La tesis de los derechos fundamentales sociales como derechos estructuralmente diferentes a los derechos civiles y políticos. In: _____. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, pp. 59-77.

POSCHER, Ralf, Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.). **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 71-92.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. prol. José Cascajo Castro. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a 'Existem direitos sociais?' de Fernando Átria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pp. 137-174.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**: As Instituições do Estado Democrático de Direito e Constitucional. Coimbra. Coimbra Editora, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. 1°. ed. 3°. tir. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 165-216.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, O Constitucionalismo dos Princípios. In: COUTINHO, Luís Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (org.). **O Tribunal Constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 69-103.

ROCHA JÚNIOR, Luís Clóvis Machado. **A decisão sobre os efeitos do ato inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2014.

ROLLA, Giancarlo. La tutela directa de los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.º. 11, 2007, pp. 301-326.

SANCHÍS, Luis Prieto. Dúplica a los profesores Maniel Atienza y Ruiz Manero. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.º. 13, 1993, pp. 315-325.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 11. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais no âmbito da Constituição Federal brasileira de 1988*. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n.º. 13, 2009, pp. 427-466.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1.º. reimpr. Rio de Janeiro: Fórum, 2013.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIECKMANN, Jan-R., “Los derechos fundamentales como principios”, In: _____. **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 27-50.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres de proteção do Estado de proteção de direitos fundamentais**: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015

SILVA, Jorge Pereira da. **O dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria de inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **A Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8°. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2°. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes. In: SIECKMANN, Jan-R.(ed.). **La teoría principalista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 243-259.

SMEND, Rudolf. Constitution and Constitucional Law. In: JACOBSON Arthur J.; SCHILINK, Bernhard. **Weimar**. A jurisprudence of crisis. Trad. Berlinda Cooper; Peter C. Caldwell [et. al]. University of California Press, 2000, pp. 213-248.

STRECK, Lênio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direto**. 2°. Ed., rev., ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência?. 5°. Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5°. ed., rev., modif., e atual. 2°. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10°. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMUSCHAT, Christian. Lo rule of law como principio basico del sistema de protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von, MORALES-ANTONIAZZI, Mariela, SAIZ ARNAIZ, Alejandro, UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (Org). **La tutela jurisdiccional de los derechos: Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración**. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, pp. 97-110.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. 2006. 286 fls. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VAZ, Manuel Afonso [et.al.]. **Direito constitucional**: O Sistema Constitucional português. 1°. Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Trad. Marcela S. Gil e Romina Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WEBER, Albrecht. El principio de estado de derecho como principio constitucional común europeo. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n°. 84, Septiembre-diciembre, 2008, pp. 27-59.

2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

AFRICA DO SUL. South Africa Constitution of 1996. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012.pdf?lang=en;

ALEMANHA. Germany Constitution of 1949. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=en;

BRASIL, Lei n°. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm;

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;

_____, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus (HC) n°. 82.424/Rio Grande do Sul (RS). DJ 19/03/2004. Rel. Min. Moreira Alves. Relator para Acórdão: Min. Maurício Correia, Pleno;

_____, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança (MS) n°. 26.603/Distrito Federal (DF), DJ 19.12.2008, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno;

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n°. 3.510/Distrito Federal (DF). DJ 27/05/2010. Rel. Min. Ayres Britto, Pleno;

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n°. 633.703/Minas Gerais (MG), DJ 18.11.2011, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno;

_____, Recurso Extraordinário (RE) n°. 608.482/Rio Grande do Norte (RN), DJ 30.10.2014, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno;

_____, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (AgR no RE) n°. 745.745/Minas Gerais (MG), DJ: 18/12/2014, Rel. Min. Celso de Melo, Segunda Turma;

_____, Questão de Ordem em Ação Direta de Inconstitucionalidade (QO em ADI) n°. 4.425/DF, DJ 04.08.2015, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno;

_____, Embargo de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade (EmbDecl em ADI) n°. 3.106/Minas Gerais (MG), DJ 13.08.2015, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno;

_____, Embargo de Declaração em Mandado de Segurança (EmbDecl em MS) n°. 28.469/DF, DJ 22.09.2015, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma;

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n°. 2.859/Distrito Federal (DF). DJ 21/10/2016. Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno;

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>;

ESPAÑA. Constitución española de 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>;

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Assembleia Constituinte, Lisboa, 02 de abril de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n°. 287/90, Processo n°. 309/88, 2ª Secção, Recurso, Data: 30.10.1990, Rel. Cons. Sousa Brito;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n°. 303/90, Processo n°. 129/89, Plen., Preventivo, Data: 21.11.1990, Rel. Cons. Bravo Serra;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n°. 307/90, Processo n°. 171/89, 2ª Secção, Recurso, Data: 28.11.1990, Rel. Cons. Bravo Serra;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n°. 473/92, Processo n°. 298/90, Plen., Sucessivo, Data: 10.12.1992, Rel. Cons. Tavares da Costa;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 237/98, Processo n.º. 056/95, 2ª Secção, Recurso, Data: 04.03.1998, Rel. Cons. Alves Correia;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 449/02, Processo n.º. 144/02, 2ª Secção, Recurso, Data: 29.10.2002, Rel. Cons. Fernanda Palma;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 509/02, Processo n.º. 768/02, Plen., Preventivo, Data: 19.12.2002, Rel. Cons. Luís Nunes de Almeida;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 563/03, Processo n.º. 578/98, Plen., Sucessivo, Data: 18.11.2003, Rel. Cons. Helena Brito;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 594/03, Processo n.º. 745/00, 1ª Secção, Recurso, Data: 03.12.2003, Rel. Cons. Helena Brito;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 590/04, Processo n.º. 944/03, Plen., Sucessivo, Data: 06.10.2004, Rel. Cons. Artur Maurício;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 336/07, Processo n.º. 962/06, 3ª Secção, Recurso, Data: 30.05.2007, Rel. Cons. Vítor Gomes;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 129/09, Processo n.º. 649/08, 3ª Secção, Recurso, Data: 12.03.2009, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 188/09, Processo n.º. 505/08, Plen., Sucessivo, Data: 22.04.2009, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 561/09, Processo n.º. 273/09, 1ª Secção, Recurso, Data: 28.10.2009, Rel. Cons. Maria João Antunes;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 75/10, Processo n.º. 733/07, Plen., Sucessivo, Data: 23.02.2010, Rel. Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 166/10, Processo n.º. 1206/07, 3ª Secção, Recurso, Data: 28.04.2010, Rel. Cons. Maria Lúcia Amaral;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 269/10, Processo n.º. 985/09, 3ª Secção, Recurso, Data: 29.06.2010, Rel. Cons. Vítor Gomes;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 399/10, Processo n.º. 523/10, Plen., Sucessivo, Data: 27.10.2010, Rel. Cons. Ana Guerra Martins;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 396/11, Processo n.º. 72/11, Plen., Sucessivo, Data: 21.09.2011, Rel. Cons. Cons. Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 353/12, Processo n.º. 40/12, Plen., Sucessivo, Data: 05.07.2012, Rel. Cons. Cons. Cons. João Cura Mariano;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 187/13, Processo n.º. 2/13, Plen., Sucessivo, Data: 05.04.2013, Rel. Cons. Cons. Carlos Fernandes Cadilha;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 474/13, Processo n.º. 754/13, Plen., Preventivo, Data: 29.08.2013, Rel. Cons. Fernando Vaz Ventura;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 602/13, Processo n.º. 531/12, Plen., Sucessivo, Data: 20.09.2013, Rel. Cons. Pedro Machete;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 794/13, Processo n.º. 935/13, Plen., Sucessivo, Data: 21.11.2013, Rel. Cons. Pedro Machete;

_____, Tribunal Constitucional, Acórdão n.º. 862/13, Processo n.º. 1260/13, Plen., Preventivo, Data: 19.12.2013, Rel. Cons. Lino Rodrigues Ribeiro;

_____, Acórdão n.º. 575/14, Processo n.º. 819/14, Plen., Preventivo, Data: 14.08.2014, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha;

UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000, acessível: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.