

# AS FRONTEIRAS DOGMÁTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANOTAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE CONTEÚDO ESSENCIAL

## THE DOGMATIC FRONTIERS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: NOTES ON THE CONCEPT OF CORE CONTENT\*

GUSTAVO ADOLFO MENEZES VIEIRA\*\*  
UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, BRASIL

**Resumo:** O artigo objetiva analisar a construção estrutural dos direitos fundamentais, mais precisamente como se operacionalizam seus contornos. Desse modo, são abordadas as principais correntes teóricas sobre o tema, a partir do marco teórico da Jurisprudência dos Valores (*Wertungsjurisprudenz*). A existência de um conteúdo essencial desses direitos perpassa necessariamente pelo tensionamento entre concepções normativas de mínimo existencial e os imperativos fáticos e jurídicos da reserva do possível. Nesse quadro, a reificação de valores estanques como limites jusfundamentais inelimináveis resta uma postura voluntarista, pouco apropriada à dinâmica de conformação permanente do Direito à realidade.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; conteúdo essencial; mínimo existencial; reserva do possível.

**Abstract:** The article aims to analyze the structural construction of fundamental rights, more precisely how their contours are operated. Thus, the main theoretical currents on the topic are broached, from the theoretical framework of the Jurisprudence of Values (*Wertungsjurisprudenz*). The existence of an essential content of these rights passes necessarily by normative conceptions of existential minimum and the factual requirements of the reserve of possible. Within this framework, the reification of standing values as ineliminable jusfundamentals limits remain a voluntarist stance, not appropriate to the dynamics of permanent conformation of Law to reality.

**Keywords:** Fundamental rights; core content; existential minimum; reserve of possible.

---

\* Artigo recebido em 24/02/2013 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 26/04/2013.

\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Brasil. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6482277206867276>. E-mail: [gustavo@labmundo.org](mailto:gustavo@labmundo.org).

## 1. Introdução

Um dos temas mais candentes da dogmática constitucional contemporânea envolve a discussão acerca dos limites e possibilidades dos direitos fundamentais. Para esse fim, a doutrina jurídica, nas últimas décadas, vem desenvolvendo um sofisticado plexo teórico em torno de construtos analíticos em torno do conceito de conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) jusfundamental.

Uma primeira consideração analítica sobre esse tema refere-se à compreensão se os direitos fundamentais comportam limites estanques ou são posições jurídicas passíveis de restrição. Essa questão encontra-se indissociável do modo de compreensão estrutural da norma jurídica. A depender da posição adotada, tanto o âmbito de proteção como o suporte fático de dado direito podem ser matizados sob um viés estático ou dinâmico. Perfila-se aqui a adoção de um modelo normativo misto de regras e princípios que comporte uma maior flexibilidade na concretização dos direitos fundamentais, pelas razões que serão balizadas na presente exposição.

A questão que se coloca a partir dessa tomada de posição, passa a ser outra: se há, nesse espaço de conformação dinâmico do conteúdo essencial, a possibilidade de interposição de “restrições a restrições”, ou, no jargão clássico, “limites a limites” (*Schranken-Schranken*). A segunda consideração analítica sobre o tema, portanto, debruça-se acerca da existência ou não de um mínimo existencial (*Existenzminimum*) jusfundamental. Nessa perspectiva, essa “fronteira última” dos direitos fundamentais seria intransponível a considerações fáticas e jurídicas da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*).

Nesse quadro teórico, o presente artigo objetiva, a partir de uma pesquisa qualitativa eminentemente exploratória, e sob o referencial epistemológico da Jurisprudência dos Valores (*Wertungsjurisprudenz*), mais precisamente a Teoria dos Direitos Fundamentais (*Theorie der Grundrechte*) de Robert Alexy (2008), estabelecer uma análise crítica do debate hodierno sobre as fronteiras dos direitos fundamentais.

## 2. Limites e restrições

### 2.1. Normas jusfundamentais

O presente artigo utiliza-se critério de identificação semântico de normas de direito fundamental. Desse modo, diferencia-se entre: enunciado normativo - base comunicativa, textual ou não; e norma - conceito primário de sentido pautado em modalidades deônticas (dever, proibição, permissão). Nesse sentido, normas (de direitos fundamentais) derivam de

determinados enunciados normativos (de direitos fundamentais), estas últimas também chamadas “disposições”.

Na lição de Robert Alexy (2008, p.68), essas normas podem ser diretamente vinculadas por esses enunciados, ou estruturalmente atribuídas à aplicação da disposição no caso concreto (relação de refinação), cuja aceitabilidade é derivada das disposições constitucionais derivadas (relação de fundamentação). Para identificar normas diretamente estabelecidas, basta, obviamente, referência direta ao texto constitucional. Às atribuídas, por seu turno, necessitam de uma correta fundamentação referida, através de recursos argumentativos a textos legais, consensos dogmáticos e precedentes jurisprudenciais.

Firmado esse entendimento, ultrapassa-se a discussão acerca do conceito de norma de direito fundamental para analisar sua estrutura. À luz da Jurisprudência dos Valores, as disposições constitucionais possuem caráter duplo, pois podem ser estatuir duas espécies de norma: regras ou princípios. Essa distinção é a coluna-mestra de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais. Tanto regras quanto princípios são normas, pois ambos expressam expressões deonticas. Os critérios para sua distinção, contudo, são variáveis tanto na doutrina como na jurisprudência. São utilizados, por exemplo: importância para ordem jurídica; conteúdo axiológico explícito ou não; grau de abstração.

Dessas divergências resulta, para alguns, que essa separação entre regra e princípio seria fadada ao fracasso. A tese trabalhada nesse artigo, porém refere-se a possibilidade de identificação de uma diferença qualitativa. De acordo com essa última distinção, princípios são mandados de otimização dentro de possibilidades fático-jurídicas existentes, ao passo que regras são determinações de âmbito fático-jurídico possível (ALEXY, 2008, p.89).

Um conflito entre regras, nesse diapasão, apenas pode ser resolvido mediante adoção de uma regra de exceção ou se uma delas for considerada inválida (como através do critério de especialidade ou temporalidade). Essa lógica, entretanto, não se aplica aos princípios, que são regidos por uma relação de precedência. Em eventual colisão principiológica a dimensão do peso que deve ser levada em consideração. O nível de princípios reflete um dever ser dever ser ideal, cuja passagem ao dever ser real envolve necessariamente tensões, conflitos e colisões. O caminho que vai do princípio ao direito definitivo passa por um processo de ponderação (*Abwägung*), em que são sopesados valores contrapostos, de modo a ser estabelecida uma relação de preferência no caso concreto que fundamenta um sistema diferenciado de regras.

Para ilustrar a questão, Robert Alexy (2008, p.97 e ss) trás seguinte exemplo: no caso de incapacidade para participar de audiência processual, temos de um lado o dever do Estado de operacionalidade do direito penal (P1) e do outro a garantia da integridade física do acusado

(P2). Ambos os princípios, abstratamente no mesmo nível, devem ser sopesados, de modo a estabelecer uma relação de precedência (P) de acordo com as circunstâncias de dado caso concreto (C). Desse modo, podem-se aduzir as seguintes fórmulas: (P1 P P2)C ou (P2 P P1)C. A questão decisiva é, portanto, estabelecer sob quais condições qual princípio deve ceder em face do outro.

A fundamentação racional dessa preferência é passível de todos os argumentos disponíveis na argumentação constitucional como: vontade do constituinte, consensos dogmáticos, precedentes jurisprudenciais, argumentos consequencialistas, dentre outros. Tal procedimento (isso é fundamental), não é diferente da fundamentação de regras semânticas criadas para tornar conceitos vagos precisos. Os enunciados de preferência por si, sustentam-se na Lei de sopesamento assim descrita pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVergGE): “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p.167). Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Ou seja, princípios não são um “tudo ou nada”, mas mandados de otimização.

Vale dizer que a teoria dos princípios aqui defendida não é uma teoria material de precedência absoluta prévia, mas estruturalmente neutra. Desse modo, a presença de conteúdos excedentes é compatível com a segurança jurídica no modelo misto de regras e princípios.

## 2.2. Âmbito de proteção

Assentado o conceito de normas de direitos fundamentais, podem-se avaliar melhor seus contornos dogmáticos sob de duas perspectivas contrapostas (ALEXY, 2008, p.277 e ss). Pela Teoria Interna há apenas e tão somente o direito com determinado conteúdo, ou seja, definido pelos seus próprios limites imanentes; o âmbito de proteção coincide com o âmbito de garantia efetivo. Segundo essa teoria, não ocorre senão pseudocolisões de princípios, sendo desnecessário o recurso à ponderação. A tarefa do intérprete se limita a identificar o âmbito de proteção próprio de dado direito. Pela Teoria Externa, por seu turno, há de um lado o direito, do outro, a restrição; o conteúdo de um direito não se confunde a sugestão de seu conteúdo. Segundo essa teoria, há um âmbito de proteção suscetível de restrições em face de colisões de princípios concorrentes. A tarefa do intérprete seria tentar harmonizá-los.

A definição de qual dessas perspectivas é a correta depende da concepção de normas de direitos fundamentais adotada. O modelo de posições definitivas (regras) refuta a teoria externa;

o modelo de posições *prima facie* (princípios) refuta a teoria interna. Conforme já observado no tópico anterior, é adotado neste trabalho um modelo dogmático misto de regras e princípios. Destarte, trabalha-se aqui com a existência de um excedente inerente ao âmbito normativo dos direitos fundamentais, cujo campo protetivo é passível de restrição. Não há de se falar, portanto, nesse prisma teórico, de limites (imanescentes), senão de restrições (variáveis).

Restrições a direitos fundamentais são normas (situadas na Constituição ou com ela compatíveis) que restringem uma posição *prima facie* desses direitos. Essas restrições de direitos fundamentais podem se dar de diferentes formas. Em primeiro lugar, têm-se restrições diretamente constitucionais, mediante ressalva prevista no corpo da Constituição. Essas restrições podem ser tanto expressas, como derivar de cláusulas não escritas, direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional. Em segundo lugar, têm-se as restrições indiretamente constitucionais, que remetem às chamadas cláusulas de reserva (de lei). Estas podem ser explícitas ou implícitas, sendo classificadas como: simples (na qual a competência restritiva pode ser realizada livremente pelo legislador ordinário), ou qualificadas (na qual o conteúdo da restrição é constitucionalmente limitado, por exemplo, pela exigência de quórum de deliberação qualificado). As restrições a direitos também podem operar do ponto de vista fático, em vista da necessidade inexorável de recursos a sua consecução.

### 2.3. Suporte fático

Além da extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, em alguns casos, é possível questionar se eventuais restrições a seu conteúdo não seriam apenas parte de seu próprio suporte fático. Esse suporte corresponde às condições necessárias para produção das consequências jurídicas de uma norma. Em se tratando de suporte fático de direitos fundamentais, a consequência jurídica ou eventual restrição deve, obviamente, ter fundamento constitucional. Para que a consequência jurídica definitiva de um direito ocorra, é necessário que o suporte fático seja preenchido e eventual cláusula de restrição não. Esse suporte pode ser analisado, no plano dogmático, por uma teoria ampla ou uma teoria restrita (ALEXY, 2008, p.309 e ss), guardando estrita relação, respectivamente, com as teorias interna e externa do âmbito de proteção como vistas no tópico anterior.

De acordo com a Teoria Restrita, todo direito fundamental é garantido de forma limitada, sendo sujeito, portanto, a “restrições imanescentes” (limites) derivados de sua própria natureza. Essa imanência estaria relacionada ao caráter não escrito irrenunciável de pertencimento a uma dada ordem jurídico-constitucional. Segundo essa teoria, a análise de

restrições deve ser substituída pela extensão do conteúdo de validade do próprio direito. Ou seja, pela análise do âmbito da norma e de sua expressão pelo programa normativo do direito fundamental. Desse modo, do âmbito normativo devem fazer parte apenas as modalidades materialmente específicas de exercício de dado direito. Essas modalidades devem ser estruturalmente conectadas com o âmbito normativo, não sendo específicas se forem intercambiáveis.

No conhecido exemplo de Friedrich Müller, no qual um pintor exerce seu ofício em um cruzamento, a vedação a esta atividades estaria relacionada não a uma restrição externa (ao princípio de liberdade artística, *vg* art. 5º, IX, CF), mas ao fato de que não configura uma situação típica, verdadeiramente pertencente a seu âmbito normativo (ALEXY, 2008, p.313). Porém, tal entendimento não se sustenta em face da subsunção do texto constitucional: pintar no cruzamento preenche o suporte fático permissivo. A alusão a características não específicas para afastar a proteção constitucional corresponde, em verdade, a uma cláusula de exceção.

Considerar que esta cláusula não configura uma restrição, mas faz parte do suporte fático é algo temerário tanto por razões substanciais como formais. As delimitações não se sustentam sem a avaliação de contrarrazões. A exclusão definitiva de suporte fático é defensável em casos extremos (conquanto resultado de valorações, sopesamentos mais facilmente identificáveis), porém nada contribui para solução de casos intermediários. A exclusão definitiva de uma dada posição de direitos fundamentais é, portanto, fruto de um jogo argumentativo. Disso denota a insuficiência das teorias restritas do suporte fático.

A análise de uma Teoria Ampla do suporte fático, por seu turno, leva a uma consideração expandida sobre o âmbito de proteção de dado bem protegido. Uma teoria ampla implica igualmente reconhecer amplitude às possibilidade de intervenção. Tal entendimento é, contudo, bastante criticado. Uma dessas críticas assevera que sua adoção faz com que não sejam levadas a sério as disposições constitucionais. Essa censura remete à sensação de frustração e incerteza decorrente da circunstância de que um direito fundamental, a princípio assegurado, possa ser logo em seguida ter restringida sua realizabilidade. Essa técnica dos direitos fundamentais reveste-se, portanto, de uma “dubiedade inquietante” (ALEXY, 2008, p.325). A insegurança gerada, porém, pode ser superada mediante uma jurisprudência constitucional que se oriente de forma contínua e racional pela máxima da proporcionalidade.

Outra crítica esgrimida contra essa teoria afirma que sua utilização leva à constitucionalização excessiva. O que deve se destacar, contudo, é que uma teoria ampla do suporte fático expande uma esfera protetiva *prima facie*, e não definitiva. Desse modo, distinguem-se casos de direitos fundamentais potenciais e reais. A teoria ampla também é

criticada por conduzir a um aumento do número de colisões entre direitos fundamentais. Esse aumento, todavia, (importante, obviamente, aos casos reais e não meramente potenciais) é algo necessário para consecução do postulado de se levar em consideração racionalidades contrapostas.

### **3. Do conteúdo essencial**

Analisadas as distinções dogmáticas entre limites e restrições dos direitos fundamentais, cabe tratar sobre os contornos possíveis de seu “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*).

Certamente, ao legislador não é possível estabelecer uma restrição real de liberdade de modo arbitrário. Isso se deve por que, ao lado da competência formal de deliberação parlamentar, devem ser considerados aspectos constitucionais substanciais. Devido à lógica do sopesamento, direitos fundamentais atuam como restrição a sua própria restringibilidade. Essa “restrição de segundo grau”<sup>1</sup> tem como fulcro evitar a erosão do núcleo constitutivo desses direitos. Esse conteúdo essencial pode ser sistematizado, à luz de duas correntes (ALEXY, 2008, p.296 e ss): (a) subjetiva, identificada individualmente no caso concreto; ou (b) objetiva, relacionada abstratamente a valores coletivos estagnos. Dogmaticamente, em decorrência da lógica do sopesamento, a dinâmica de restrição dos direitos fundamentais aproxima-se da primeira opção (teoria subjetiva). Por seu turno, essa teoria pode ser classificada em:

- (a) absoluta, segundo a qual cada direito fundamental *in concreto* teria um núcleo intangível, impedindo a continuidade de sopesamentos; ou
- (b) relativa, na qual a garantia conteúdo essencial é reduzida à máxima proporcionalidade, identificando-se com o que resta após o sopesamento, se restar algo.

Pode-se dizer que a teoria subjetiva absoluta alicerça o conceito de mínimo existencial, ao passo que a teoria subjetiva relativa, a reserva do possível, como será visto a seguir.

#### **3.1. Mínimo Existencial**

A defesa da teoria subjetiva em sua modalidade absoluta implica que há um mínimo vital, diante do qual as restrições a direitos fundamentais não podem mais avançar. Construção

---

<sup>1</sup> Como já destacado anteriormente, na terminologia adotada neste trabalho, limites referem-se a uma delimitação imanente. Uma vez que uma concepção imanente de direitos fundamentais é inapropriada no campo de uma teoria mista (de regras e princípios) ora adotada, resta mais adequado falar aqui de restrições de segundo grau, ou restrições de restrições e não “limites dos limites”.

dogmática da jurisprudência alemã, originariamente o conceito de mínimo existencial refere-se à responsabilidade do Estado em prover os recursos mínimos para existência digna daquele indivíduo incapaz de prover o próprio sustento.

Nesse plano, o conteúdo essencial dos princípios constitucionais é entendido como um entrincheiramento (*entrenchment*) material, solidificando a legalidade democrática. Este entrincheiramento, em última instância, implica em uma espécie de “vedação ao retrocesso”<sup>2</sup> na tutela dos direitos fundamentais, prestigiando “o único poder ilimitado que existe”, o Poder constituinte originário (AGRA, 2008, p.509). Nessa linha, a esfera protetiva abarca medidas retrocessivas, para além da noção de retroatividade (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada). Essa vedação, de caráter prospectivo, busca assegurar às gerações futuras o usufruto de direitos atualmente colimados, abrangendo mesmo a legislação infraconstitucional. Desse modo, direitos fundamentais concretizados assumem a condição de direitos intergeracionais e insuprimíveis. O conteúdo essencial assume, nesse sentir, o significado de uma cláusula aberta a novos conteúdos, porém fechada a ulteriores restrições.

A teoria subjetiva absoluta, contudo, leva o imperativo de realizabilidade dos direitos fundamentais às últimas consequências. Sob sua guarida, todos os direitos fundamentais, inclusive os de natureza prestacional, revestir-se-iam, a qualquer custo, de um conteúdo mínimo, a ser concretizado “independentemente de conjunturas fáticas” (AGRA, 2008, p.503). Nesse diapasão, nem a liberdade de conformação do legislador ou a reserva do possível tem o condão de prevalecer em face desse núcleo jusfundamental (CUNHA JÚNIOR, 2008, p.349). Em outras palavras, “nada [*sic*] justifica a não efetividade dos direitos fundamentais” (PELICIOLI, 2007, p.35).

*Data venia*, tal entendimento não deve prosperar.

Parece haver uma sutil inversão conceitual no manejo da Teoria dos Princípios quando, por exemplo, alega-se que: “poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo [...], admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão somente um direito subjetivo ‘prima facie’” (SARLET, 2001, p.37).

Colocado dessa forma, dá a entender que o mínimo existencial condiciona o sopesamento, e não o contrário, que é o que efetivamente ocorre. Ao menos, há de se

---

<sup>2</sup> Segundo Ingo Sarlet (2011, p.445-446), a vedação ao retrocesso decorre dos seguintes princípios e argumentos constitucionais: Estado democrático e social; dignidade da pessoa humana; máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais; proteção de cunho retroativo; confiança; autovinculação dos órgãos estatais; impossibilidade de recriação de omissões legislativas; e obrigação internacional de implantação progressiva de proteção de direitos.

reconhecer que, ao contrário do sobrescrito, é esta última posição que Robert Alexy (2008, p.301) propugna, como se vê, *vg, in verbis*: “a extensão da proteção ‘absoluta’ depende de relação entre princípios. [...] a garantia do conteúdo essencial [...] não cria, em relação à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais”. Em outras palavras:

[...] direitos não têm um conteúdo essencial definido *a priori* e de caráter absoluto. Isso porque tal concepção absoluta estaria presa aos mesmos pressupostos que se pretende aqui rejeitar, ou seja, definição *a priori* de conteúdos, essenciais ou não, que excluem, por consequência e também *a priori*, diversas condutas, atos, estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais (SILVA., 2006, p.25-26).

Nesse orbe, “ao invés de enxergar valores como determinados standards de mensuração, devemos entendê-los como um tipo de insaciável e imperfeito impulso avaliador<sup>3</sup>” (BALKIN, 1994, p.20). A definição de um mínimo existencial nesse ínterim, longe de figurar-se enquanto “coisa em si”, deriva de uma aspiração humana cujos contornos clamam permanentemente por realização. Em suma, o mínimo existencial não é parâmetro, mas parametrizado em cada caso concreto. Destarte, buscar deduzir um suposto mínimo vital pré-dado substancializador do conteúdo essencial dos direitos fundamentais não encontra razão de ser, senão em matizes teóricos arriscadamente proativos, como será visto a seguir.

### 3.2. Riscos voluntaristas

A pretensão de absolutização subjetiva de um núcleo jusfundamental mínimo decorre, em realidade, de uma espécie de ilusão situacional. Quanto mais um princípio é restringido, mais difícil se torna a restrição, tendo em vista que as razões contrapostas devem compensar o movimento de retração. Essa dinâmica corresponde, na análise valorativa, à lei de taxa marginal decrescente de substituição, ilustrada por uma curva de indiferença ascendente (ALEXY, 2008, p.168). Pode-se chegar a um ponto, portanto, que a resistência à restrição é tamanha que possa cunhá-la de absoluta. Porém, ainda assim, seria derivada de uma dinâmica relativa. O conteúdo essencial, portanto, não é intangível, mas fluído, variável no caso concreto; seu *punctum saliens* é o teor residual decorrente de uma ponderação deontológica. Sob esse ângulo, a adoção de uma

---

<sup>3</sup> Tradução própria do original: “*Instead of viewing values as determinate standards of measurement, we should understand them as a sort of insatiable and inchoate drive to evaluate*”.

perspectiva subjetiva absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais parece ser não apenas uma opção dogmático-estrutural inadequada, como arriscada.

Ao estipular um parâmetro *ex ante* incontrastável é duvidoso que haja algum critério racional subjacente que justifique um mínimo existencial que não um voluntarismo arbitrário ou uma construção conceitual deslocada da realidade. A interpretação dos direitos fundamentais, ao desconsiderar as conjunturas fáticas e jurídicas a ele subjacentes, leva inderrogavelmente à “capitulação das normas constitucionais perante a faticidade econômico-social” (CANOTILHO, 2008, p.104). O solipsismo do Juiz Hércules dworkiano é substituído por um análogo ainda mais problemático, o Juiz Zeus, aquele que (supostamente) tudo pode. O Direito parece regular até mesmo o impossível.

Há o risco de se incidir em uma *jurisdictio* de moldes pré-modernos, em torno de “um poder apoiado num direito suprapositivo” (HABERMAS, 2003, p.309), espécie de novel direito natural, deslocado da realidade. Exemplos dessa espécie pululam na doutrina. Quadram aqui autores que sustentam haver “normas não positivas e, contudo jurídicas, às quais o Poder Constituinte está sujeito: os grandes Princípios do Direito Natural, da Justiça e da Democracia” (TEIXEIRA, 1991, p.222). Em outro plano, aduz-se a necessidade de “intervenção imperativa de Direito Natural, de valores éticos superiores” (MIRANDA, 1996, p.197). Advoga-se, como faz Ives Gandra em obra sobre a máxima efetividade dos direitos fundamentais, pela “admissão de um princípio jurídico anterior e superior à norma constitucional posta, que é o direito natural” (SILVA NETO, 1999, p.10). Na mesma perspectiva jusnaturalista: “não se trata de constituir direitos, mas de reconhecer que direitos há, suprapositivos, atemporais” (COELHO, 2006, p.313).

A récita discursiva jusnaturalista, como bem aponta Hans Kelsen, aponta para concepções ideológicas pouco propensas ao diálogo (KELSEN, 1999, p.55). Nas nuvens<sup>4</sup>, o jurista desloca-se da realidade, frustra expectativas normativas e enfraquece o direito que ilusoriamente buscava fortalecer. O uso retórico da Constituição apenas leva ao esvaziamento semântico dos direitos fundamentais. A menção excessiva ao princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, envolve um problema tautológico de circularidade conceitual: o dito mínimo existencial remete a um suposto conteúdo essencial que, por seu turno, desbanca no “princípio panaceia” da dignidade da pessoa humana, apenas para retornar ao que seria o mínimo existencial.

---

<sup>4</sup> A alusão é clara à obra homônima de Aristófonos que parodia Sócrates. Segue-se aqui a crítica nietzscheana em relação à caricatura do pensamento socrático-alexandrino no qual perde-se a dimensão trágica da vida (e do direito) às brumas de um *Deus ex machina* euripedeano, *in casu*, o voluntarismo judicial, (NIETZSCHE, 2004, p.77 e ss).

Eis um digno exemplo de metodologia *fuzzy* (CANOTILHO, 2008, p.97): fala-se muito e não se diz absolutamente nada. De fato, a dignidade pode ser considerada epicentro e valor supremo da ordem jurídica, mas sua alusão não resolve o problema incontornável de delimitação das fronteiras dos direitos fundamentais. A dignidade, se considerada como princípio, se sujeita igualmente a colisões com outros valores a serem sopesadas no caso concreto. Por sua vez, enquanto regra, no sentido de identificar-se com o conceito de justiça, a dignidade encontra-se destituída de conteúdo material, sendo antes resultado de uma ponderação do que condicionante desta. A definição desta regra (ou máxima) dá a impressão de existência de um núcleo absoluto, mas não há de se perder de vista seu fundamento relativo em um jogo de razões e contrarrazões entre princípios (ALEXY, 2008, p.322).

Ao perder-se de vista essa estrutura relacional, a dignidade da pessoa humana torna-se um simulacro de legitimidade a qualquer decisão, sem peias ou arreios. *Dignitas* torna-se *katchanga*<sup>5</sup>, um curinga hermenêutico que enseja verdadeiro *bullying* interpretativo (STRECK, 2012). O problema, contudo, não parece estar na Jurisprudência dos Valores, como aponta Lênio Streck (2007), mas em apropriações indevidas de seu instrumental teórico. Ora, decerto que a *Theorie der Grundrechte* não é dada a pretensões jusnaturalistas, mas elementos de direito natural lhe são equivocadamente imputados. Ela não define um núcleo essencial condicionante, mas núcleos *a priori* são pretensamente agasalhados sob sua égide. A teoria não propõe saídas voluntaristas ao labirinto da decidibilidade jurídica, mas decisionismos são arbitrariamente atribuídos a sua estrutura dogmática.

Se juristas e magistrados sacam do coldre “princípios” como a dignidade da pessoa humana ou fazem menção à ponderação de interesses para decidir toda sorte de disparates sem cuidar da técnica do sopesamento, parece evidente que não se pode atribuir à teoria em si o mau uso que fazem dela. A questão primordial parece residir não na metodologia empregada, mas em seu operador: o intérprete. Afinal:

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram

---

<sup>5</sup> Katchanga refere-se a anedota atribuída da Luis Alberto Warat, forma de satirizar a práxis interpretativa voluntarista. A estória dá-se da seguinte forma: certa feita havia um Cassino em que se jogavam todos os jogos (espécie de vedação ao *non liquet*). Eis que surge um forasteiro, decidido a jogar nenhum outro senão seu jogo, suas regras. Os *croupiers* aceitam a proposta, impossibilitados que estavam de agir de outra maneira. Imaginavam, pois, que cedo ou tarde, compreenderiam as regras estabelecidas e poderiam agir em conformidade elas. Perceberam logo que, a cada rodada, independente da configuração do carteadado, o forasteiro gritava “katchanga” e, desse modo, levava as apostas da mesa. Um dos *croupiers* deduzira que a regra de ouro era que, tão logo distribuídas as cartas, bastava dizer katchanga para ganhar a mão. Mas assim que um deles o fez, após uma derradeira distribuição do carteadado, eis que o forasteiro suspira em um misto de fausto e desaprovação e diz: “katchanga real”. Pela derradeira vez recolhe os haveres e se retira em silêncio.

a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo (SARMENTO, 2006, p.200).

O que está em jogo é a própria práxis jurisprudencial brasileira, na qual:

[...] não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente: a constituição consagra a regra da proporcionalidade; o ato questionado não respeita essa exigência; o ato questionado é inconstitucional. O silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo. (SILVA. 2002, p.33-34).

A ponderação é apenas um subterfúgio, entre diversos outros, que podem ser desvirtuadas por posicionamentos solipsistas para simular legitimidade decisória. Álibi por álibi, mesmo a hermenêutica filosófica heideggeriana que alude Lênio Streck (2007, p.263) pode servir a qualquer fim. O voluntarismo não surge de dado método, ele antes o instrumentaliza. Ou o que impede de um intérprete ocultar seu decisionismo por detrás, senão do signo da ponderação (*Abwägung*) sob o signo do des-velamento (*Unverborgenheit*)? O que impede a *alatheia* converter-se em nova pedra filosofal da interpretação, como soa parecer a alguns a proporcionalidade? Seria a fiscalização de algum sacerdote ascético nietzschiano, suposto descobridor da “Verdade” e detentor do “conhecimento último” acerca da “natureza das coisas” nos dizeres de Zygmunt Bauman (1998, p.143)? Este não parece ser um caminho promissor.

### 3.3. Reserva do possível

A aplicação da teoria subjetiva em sua modalidade relativa parece ser do ponto de vista dogmático, a opção teórica mais adequada para descrever as fronteiras dos direitos fundamentais. Nesse campo, a “reserva do financeiramente possível” (*Vorbehalt des finanziell Möglichen*), ou simplesmente “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), é um elemento curial que deve ser levado em consideração na concretização de normas jusfundamentais (MENDES, 2002, p.7).

A construção dogmática desse conceito tem como origem a famosa decisão sobre “*numerus clausus*” de vagas nas Universidades alemãs<sup>6</sup> (*numerus-clausus Entscheidung*). No julgado BVerfGE 33, 303 de 1972 o Tribunal Constitucional alemão, em que pese reconhecer o direito fundamental à admissão em cursos universitários (à luz do princípio de livre escolha do local de ensino, da profissão, da igualdade e do Estado Social), restringiu-o à “reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode, o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (ALEXY, 2008, p.439).

A necessidade de “caixas financeiras” (CANOTILHO, 2008, p.263) não se confunde, em absoluto, com a depreciada leitura acerca da essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*) a que faz referência Ferdinand Lassalle (2001), os quais a sujeitam a fatores reais de poder, reduzindo a Carta Magna a uma mera folha de papel (*ein Stück Papier*)<sup>7</sup>. Muito pelo contrário, essas considerações são imprescindíveis à própria concretização da força normativa da constituição (*Die normative Kraft der verfassung*), nos termos assaz iluminadores de Konrad Hesse:

A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa [...]. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada, situação. [...] Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais (HESSE, 1985, p.24-25).

Isso significa que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve preservar, modestamente, a consciência de suas fronteiras. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. Entrementes, para alguns autores, a recepção da teoria da reserva do possível no Brasil seria uma importação indevida. Nessa linha, Andreas Krell,(2002, p.45) adverte que as discussões acerca dos limites do Estado Social são inaplicáveis no Brasil “onde o Estado-providência nunca foi implantado”.

Contudo, a crítica parece confundir forma com conteúdo. Antes de reprovar a reserva do possível, as dificuldades econômicas apenas ressaltam a importância de sua aplicabilidade.

---

<sup>6</sup> Gomes Canotilho (2008, p.106) elenca origem diversa ao instituto, referenciando aos desenvolvimentos teóricos de P Häberle e W Martens na década de 1970. A rigor, em sua essência, o condicionamento de possibilidades normativas aos imperativos da realidade é inerente à existência humana, como ilustra o brocardo *ad impossibilia nem tenetur*. Só do ponto de vista dogmático-conceitual que se pode falar ser sua origem tedesca.

<sup>7</sup> Nessa linha, sustenta Ingo Sarlet (2001, p.39): “não devem - especialmente o Juiz e os demais operadores do Direito - simplesmente capitular diante das ‘forças reais de poder’ (Lassalle)”.

Nesse sentido, “o grau de desenvolvimento de cada país impõe limites que o mero voluntarismo de bacharéis não pode superar” (SARMENTO, 2010, p.181). Direitos fundamentais imprescindem não apenas de condicionamentos jurídicos como das condições fáticas de dada comunidade política. O fato das condições materiais do Estado brasileiro não permitirem a garantia de certos direitos sociais, tidos como básicos (ou essenciais) a outras comunidades políticas, não têm o condão de criar recursos necessários para realização de direitos onde recursos não há. Há uma inversão lógica no raciocínio adverso. Não é a necessidade que realiza o direito. É a escassez que impede sua consecução. Isso é uma realidade inexorável, seja na Alemanha, no Brasil ou em qualquer lugar do mundo. A cartografia de sua delimitação dogmática não pode descurar desse azimute estrutural restritivo.

#### 4. Conclusão

Esse artigo teve como objetivo traçar as fronteiras dos direitos fundamentais em torno do conceito de conteúdo essencial sob a égide da Jurisprudência dos Valores. Para cumprir esse desiderato, fora perlustrada a estrutura dogmática de normas jusfundamentais, firmando-se posição no sentido da adoção de um modelo misto de normas e princípios. Em termos de decidibilidade jurídica, esse modelo permite uma flexibilidade interpretativa mais apropriada em torno de casos de maior complexidade, não se limitando a raciocínios normativos meramente subsuntivos, mas incorporando dinâmicas de ponderação mediante sopesamento.

Essa perspectiva estrutural mista dialoga com uma teoria externa do âmbito de proteção e uma teoria ampla do suporte fático dos direitos fundamentais. Ou seja, o referencial teórico desse artigo ao trabalhar com posições jurídicas *prima facie* (princípios), engendra um campo protetivo que abarca excedentes normativos passíveis de restrição. A questão que se coloca acerca das fronteiras dos direitos fundamentais, no particular, passa a ser a (in) existência de limites as essas restrições. De um lado coloca-se a aposição de um mínimo existencial intangível, insuscetível de sopesamento e, de outro, a dinâmica da reserva do possível, que correlaciona o conteúdo essencial à reserva do possível.

Embora possa parecer à primeira vista emancipadora, a defesa de uma teoria subjetiva absoluta do conteúdo essencial acaba por encerrar um cariz voluntarista. Ao estabelecer cânones interpretativos *a priori*, oblivia-se o diálogo e as inexoráveis contingências fáticas e jurídicas da realidade subjacente ao Direito. Por esse prisma, abrir as fronteiras dogmáticas jusfundamentais a uma dinâmica relativa, à luz da ponderação de princípios e sob o escrutínio da proporcionalidade não implica no esvaziamento de seu conteúdo essencial. Pelo contrário, esse

caminho incita á argumentação dialógica, conformadora intersubjetiva de uma ordem constitucional democrática.

### **Referências bibliográficas**

AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

BALKIN, Jack. *Transcendental deconstruction, transcendental justice*. *Michigan Law Review*. Ann Harbor: v.92:1131, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COELHO, Paulo Magalhães. O poder constituinte e a construção das utopias – possibilidades e limites. **Revista do Instituto de pesquisas e Estudos (RIPE)**. Bauru: v.40, n.45, Jan/Jun. 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. Salvador: Podium, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), nº 10, jan. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. **A origem da tragédia**. São Paulo: Centauro, 2004.

PELICIOLO, Ângela. A sentença normativa da jurisdição constitucional. **Revista de informação Legislativa**. Brasília: v.44, n.174, Abr/Jun. 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais em uma perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica (CAJ), v. 1, n. 1, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de (Coord). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. São Paulo: n. 4, Dez. 2006.

SILVA NETO, Manuel Jorge. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

STRECK, Lênio. **A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/2012/02/10/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/>>. Acesso em: 02 Set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.